

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO DE  
ESTYMA S.A., CONCA Y S.A., ARQUITECTOS E INGENIEROS ASOCIADOS S.A., CONSTRUCTORA INECON-TE LTDA e  
INCOEQUIPOS S.A. Vs. VARGAS VELANDIA LTDA (XIE S.A.)

---

**TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO DE  
ESTYMA S.A., CONCA Y S.A., ARQUITECTOS E INGENIEROS  
ASOCIADOS S.A., CONSTRUCTORA INECON-TE LTDA E  
INCOEQUIPOS S.A.**

**VS.**

**VARGAS VELANDIA LTDA., hoy XIE S.A**

**LAUDO ARBITRAL**

**Bogotá D.C., 13 de Marzo de 2009**

Encontrándose surtidas en su totalidad las actuaciones procesales previstas en la Ley y en el Reglamento del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá para la debida instrucción del trámite arbitral, y siendo la fecha señalada para llevar a cabo la audiencia de fallo, el Tribunal de Arbitramento profiere el Laudo conclusivo del proceso arbitral convocado para dirimir las controversias surgidas entre las Sociedades **ESTYMA S.A., CONCA Y S.A., ARQUITECTOS E INGENIEROS ASOCIADOS S.A., CONSTRUCTORA INECON-TE LTDA e INCOEQUIPOS S.A. y VARGAS VELANDIA LTDA.**

**PRIMERA PARTE**

**ANTECEDENTES**

**A. LA SOLICITUD DE CONVOCATORIA DEL TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO**

Mediante escrito presentado ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá el diez (10) de abril de 2007, **ESTYMA S.A., CONCA Y S.A., ARQUITECTOS E INGENIEROS ASOCIADOS S.A., CONSTRUCTORA INECON-TE LTDA e INCOEQUIPOS S.A.** a través de apoderado, formularon demanda arbitral contra la sociedad **VARGAS VELANDIA LTDA.**

**B. EL PACTO ARBITRAL**

En el presente caso, el Pacto Arbitral está contenido en el denominado "Acuerdo" con fecha del doce (12) de junio de 2003, celebrado entre las Sociedades **ESTYMA S.A., CONCA Y S.A., ARQUITECTOS E INGENIEROS ASOCIADOS S.A., CONSTRUCTORA INECON-TE LTDA e INCOEQUIPOS**

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO DE  
ESTYMA S.A., CONCA Y S.A., ARQUITECTOS E INGENIEROS ASOCIADOS S.A., CONSTRUCTORA INECON-TE LTDA e  
INCOEQUIPOS S.A. Vs. VARGAS VELANDIA LTDA (XIE S.A.)

**S.A., y VARGAS VELANDIA LTDA.**, cuya copia obra a folios 01 a 18 del Cuaderno de Pruebas número Uno.

El texto de la cláusula es el siguiente:

**“SECCIÓN 10. Cláusula Compromisoria.** Salvo por el cobro de las sumas que cualquiera de las Partes llegue a adeudar a las demás Partes, las cuales se podrán reclamar ejecutivamente, cualquier otra diferencia o disputa que surgiere entre las Partes, será resuelta mediante arreglo directo entre las Partes en disputa. Si el arreglo directo no fuere posible, o, cualquiera de las Partes involucradas en la disputa, no estuviere en disposición de arreglar directamente tales diferencias o disputas, cualquiera de ellas podrá convocar un Tribunal de Arbitramento para que decida y resuelva la diferencia o disputa. El Tribunal de Arbitramento se sujetará al reglamento del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, de acuerdo con las siguientes reglas: (i) el tribunal está integrado por tres (3) árbitros designados de común acuerdo por las Partes involucradas, (ii) si no existe acuerdo sobre la designación del árbitro, la designación la hará la Cámara de Comercio de Bogotá; y (iii) el tribunal decidirá en derecho de acuerdo con la ley de la República de Colombia. La decisión del Tribunal será final en relación con los temas sobre los cuales se pronuncie, y será acatado por las partes relevantes.”

### C. TRÁMITE INICIAL

Tras la presentación de la demanda arbitral por parte del señor apoderado de las Sociedades **ESTYMA S.A., CONCA Y S.A., ARQUITECTOS E INGENIEROS ASOCIADOS S.A., CONSTRUCTORA INECON-TE LTDA e INCOEQUIPOS S.A.**, el Centro de Arbitraje y Conciliación procedió a invitar a las partes a una audiencia para la designación de árbitros que habrían de fallar la controversia, mediante comunicaciones de fecha once (11) de abril de 2007. En atención a la petición que de común acuerdo presentaron las partes, la audiencia fue aplazada y se fijó como nueva fecha para la designación de árbitros el día diecisiete (17) de mayo de 2007.

#### 1. NOMBRAMIENTO DEL TRIBUNAL

En desarrollo de la audiencia celebrada el 17 de Mayo de 2007, las partes de manera voluntaria y de conformidad con lo establecido en el Pacto Arbitral, designaron como árbitros a: **Principales** Susana Montes de Echeverri, Ricardo Vanegas Beltrán y Jorge Enrique Ibáñez Najar, quienes aceptaron el cargo dentro del término legal. **Suplentes** numéricos en su orden: Héctor Marín Naranjo, Camilo Calderón Rivera y Jorge Suescún Melo.

#### 2. INSTALACIÓN DEL TRIBUNAL Y SUSTITUCIÓN DE LA DEMANDA

A continuación, el Centro de Arbitraje y Conciliación invitó a la audiencia de Instalación del Tribunal, la cual se llevó a cabo el treinta y uno (31) de mayo de 2007.

En dicha audiencia se declaró legalmente instalado el Tribunal, se nombró como Presidente al Árbitro Jorge Enrique Ibáñez Najar, y como Secretaria a la doctora Anne Marie Mürrle Rojas, se fijó como lugar de funcionamiento y Secretaría, el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá y se reconoció personería a los apoderados de las partes (Acta No. 1).

Con el objeto de estimar discriminadamente los gastos totales por concepto de honorarios y demás gastos del Tribunal, en esta misma providencia, el Tribunal ordenó a la parte convocante que en el término de cinco (5) días se sirviera precisar razonadamente la cuantía de cada una de las pretensiones de la demanda y la suma total integral de ella, sin perjuicio de lo que debiera probarse en el proceso. Para tal efecto, se suspendió la audiencia fijando como fecha para su continuación el día ocho (8) de junio de 2007.

En dicha fecha se continuó la audiencia de instalación, oportunidad en la cual el Tribunal informó que, dentro del término fijado, la parte convocante había presentado la estimación de la cuantía de la demanda, junto con un texto en el que sustituía íntegramente la demanda con fecha del siete (7) de junio de 2007 (Folios 135 a 177 del Cuaderno Principal No. 1).

A continuación, mediante Auto que consta en el Acta No. 2 del 8 de junio de 2007, se fijaron los honorarios y gastos del arbitraje.

### **3. TRÁMITE PREARBITRAL**

Una vez finalizada la audiencia de instalación, y habiéndose depositado dentro del plazo legal los honorarios y gastos de arbitraje de acuerdo con lo dispuesto por el Tribunal conforme a lo previsto en el Reglamento del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá, se fijó como fecha para la siguiente audiencia el día quince (15) de agosto de 2007.

En dicha audiencia (Acta No. 4), el Tribunal se pronunció sobre su competencia, para lo cual entró a estudiar la cláusula compromisoria antes transcrita, y, además, los siguientes aspectos, entre otros:

#### **3.1 Las Partes y sus representantes legales**

**3.1.1. La Parte Convocante:** Está integrada por las siguientes Sociedades:

- **ESTYMA ESTUDIOS Y MANEJOS S.A., o, ESTYMA S.A.,** Sociedad con domicilio principal en Sabaneta, constituida por Escritura Pública número 3487 del 19 de septiembre de 1986, otorgada en Notaria Diecisiete de Medellín, e inscrita el 21 de enero de 2002 bajo el número 9845 del Libro IX. Su representación legal está en cabeza de su Gerente General, Guillermo León Ángel Toro. Todo lo anterior, consta en el certificado de existencia y representación legal, expedido por la Cámara de Comercio de

Bogotá, que obra a folio 089 y siguientes del Cuaderno Principal número 1 del Expediente.

- **CONCAY S.A.**, Sociedad comercial con domicilio principal en Bogotá D.C., constituida por Escritura Pública número 1.415 del 29 de julio de 1980, otorgada en Notaria Veintidós de Bogotá, e inscrita en 18 de agosto de 1980 bajo el número 88.873 del Libro IX. Su representación legal está en cabeza de su Gerente General, Luis Fernando Carrillo Caicedo. Todo lo anterior, consta en el certificado de existencia y representación legal, expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá, que obra a folio 081 y siguientes del Cuaderno Principal número 1 del Expediente.
- **ARQUITECTOS E INGENIEROS ASOCIADOS S.A.**, o, **A.I.A. S.A.**, Sociedad con domicilio principal en Medellín, constituida por Escritura Pública número 3387 del 15 de septiembre de 1949, otorgada en Notaria Tercera de Medellín, e inscrita el 22 de septiembre de 1949 bajo el número 517 del Libro IV. Su representación legal está en cabeza de su Presidente, Ricardo Wills Mejía. Todo lo anterior, consta en el certificado de existencia y representación legal, expedido por la Cámara de Comercio de Medellín, que obra a folio 099 y siguientes del Cuaderno Principal número 1 del Expediente.
- **INGENIEROS CONSTRUCTORES TECNOLOGÍA Y EQUIPO S.A.**, o, **CONSTRUCTORA INECON-TE LTDA.**, Sociedad con domicilio principal en Bogotá D.C., constituida mediante Escritura Pública número 3716 del 6 de octubre de 1982, otorgada en Notaria Tercera de Pasto, e inscrita el 14 de septiembre de 2004 bajo el número 952746 del Libro IX. Su representación legal está en cabeza de su Gerente General, Edgar Alfredo Portilla Burbano. Todo lo anterior, consta en el certificado de existencia y representación legal, expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá, que obra a folio 097 y siguientes del Cuaderno Principal número 1 del Expediente.
- **INCOEQUIPOS INGENIERÍA CONSTRUCCIÓN Y EQUIPOS S.A.**, o, **INCOEQUIPOS S.A.**, Sociedad con domicilio principal en Bogotá D.C., constituida mediante Escritura Pública número 3253 del 23 de agosto de 1979, otorgada en Notaria Catorce de Bogotá, e inscrita el 26 de septiembre de 1979 bajo el número 75349 del Libro IX. Su representación legal está en cabeza de su Gerente General, Humberto Rojas Méndez. Todo lo anterior, consta en el certificado de existencia y representación legal, expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá, que obra a folio 085 y siguientes del Cuaderno Principal número 1 del Expediente.

Las citadas Sociedades convocantes comparecieron al proceso a través de abogado, a quien se le reconoció personería en la oportunidad correspondiente.

**3.1.2. La Parte Convocada: VARGAS VELANDIA LTDA.**, Sociedad con domicilio principal en Bogotá, constituida por Escritura Pública número 1332 de Notaria Cuarenta y cuatro de Bogotá, otorgada el 24 de agosto de 1999, inscrita el 2 de septiembre de 1999 bajo el número 694549 del Libro IX. Su



representación legal está en cabeza de su Gerente General, Edgar David Navarro Soto. Todo lo anterior, consta en el certificado de existencia y representación legal, expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá, que obra a folio 071 y siguientes del Cuaderno Principal número 1 del Expediente.

Según consta en certificado de expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá, el cinco (5) de marzo de 2008, la Sociedad **VARGAS VELANDIA LIMITADA**, se transformó en la Sociedad **XIE S.A.** Dicho certificado obra a folios 96 y siguientes del Cuaderno Principal número 2 del expediente, y en él aparece como representante legal el señor Eduardo José Bernardo Aguirre Monroy.

La sociedad demandada compareció al proceso a través de abogado, a quien se le reconoció personería en la oportunidad legal correspondiente.

### 3.2. La Demanda Arbitral

El diez (10) de abril de 2007, el apoderado de la parte convocante, radicó la demanda arbitral en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá. Antes de ser admitida, ésta fue sustituida el día siete (7) de junio del mismo año. La demanda sustituida contiene la identificación de las partes, los hechos, las pretensiones, y la solicitud de pruebas. En ella, las Sociedades convocantes solicitaron del Tribunal se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

**“PRIMERA:** Declarar que el 12 de junio de 2003 entre las sociedades **ESTYMA S.A., CONCA Y S.A., ARQUITECTOS E INGENIEROS ASOCIADOS S.A., CONSTRUCTORA INECON-TE LTDA. E INCOEQUIPOS S.A. y VARGAS VELANDIA LIMITADA**, se celebró un Acuerdo de voluntades por medio del cual los firmantes se obligaron a participar en proporciones iguales en todas las etapas, obligaciones y responsabilidades en las obligaciones contempladas en el objeto del contrato concesión 146 de 2003, asumiendo como en toda actividad negocial la posibilidad de pérdida o ganancia.

**SEGUNDA:** Declarar que con ocasión de la ejecución del contrato 146 de 2003, y en atención a la declaración anterior las sociedades **ESTYMA S.A., CONCA Y S.A., ARQUITECTOS E INGENIEROS ASOCIADOS S.A., CONSTRUCTORA INECON-TE LTDA., INCOEQUIPOS S.A. y VARGAS VELANDIA LIMITADA**, conformaron una unidad negocial.

**TERCERA:** Declarar que en virtud de unidad negocial referida las partes ejecutaron las siguientes negociaciones: (i) Celebración acuerdo de fecha 12 de junio de 2003, (ii) Constitución Consorcio Alianza Suba Tramo II de fecha 9 de junio de 2003; (iii) Suscripción del “Contrato De Fiducia Para Administración Y De Fuente De Pago” con Fiducolombia S.A y el cual se ha denominado Patrimonio Autónomo Alianza Suba Tramo II de fecha 29 de septiembre de 2003, y sus modificatorios de fechas 8 de enero de 2004, 31 de agosto de 2005, 19 de octubre de 2005 y 30 de enero de 2006 (iv) constitución de la sociedad Constructora Suba S.A. el 7 día de enero de 2004, (v) celebración de un Contrato de Mandato y su otrosí No. 1 de fecha 8 y 15 de enero de 2004. (vi) Oferta mercantil presentada por

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO DE  
ESTYMA S.A., CONCA Y S.A., ARQUITECTOS E INGENIEROS ASOCIADOS S.A., CONSTRUCTORA INECON-TE LTDA e  
INCOEQUIPOS S.A. Vs. VARGAS VELANDIA LTDA (XIE S.A.)

Constructora Suba S.A. al Consorcio Alianza Suba Tramo II, y su correspondiente ejecución, así como las demás que resulten probadas en el proceso.

**CUARTA:** Declarar que las siguientes negociaciones: (i) Celebración acuerdo de fecha 12 de junio de 2003, (ii) Constitución Consorcio Alianza Suba Tramo II de fecha 9 de junio de 2003; (iii) Suscripción del "Contrato De Fiducia Para Administración Y De Fuente De Pago" con Fiducolombia S.A y el cual se ha denominado Patrimonio Autónomo Alianza Suba Tramo II de fecha 29 de septiembre de 2003, y sus modificatorios de fechas 8 de enero de 2004, 31 de agosto de 2005, 19 de octubre de 2005 y 30 de enero de 2006 (iv) constitución de la sociedad Constructora Suba S.A. el 7 día de enero de 2004 , (v) celebración de un Contrato de Mandato y su otrosí No. 1 de fecha 8 y 15 de enero de 2004. (vi) Oferta mercantil presentada por Constructora Suba S.A. al Consorcio Alianza Suba Tramo II y su correspondiente ejecución, así como las demás que resulten probadas en el proceso, **forman o conforman un solo negocio. Y que cada una de ellas, son sub-negocios del negocio total o unidad negocial.**

**QUINTA:** Declarar que las sociedades **ESTYMA S.A., CONCA Y S.A., ARQUITECTOS E INGENIEROS ASOCIADOS S.A., CONSTRUCTORA INECON-TE LTDA. E INCOEQUIPOS S.A. y VARGAS VELANDIA LIMITADA**, participan en partes iguales dentro del negocio total, y por tanto deben asumir en igual proporción la totalidad de las pérdidas y ganancias que genere la ejecución del negocio total.

**SEXTA:** DECLARAR, que la utilidad o pérdida del negocio desarrollado por la unidad negocial constituida por las sociedades **ESTYMA S.A., CONCA Y S.A., ARQUITECTOS E INGENIEROS ASOCIADOS S.A., CONSTRUCTORA INECON-TE LTDA. E INCOEQUIPOS S.A. y VARGAS VELANDIA LIMITADA**, solamente se puede establecer después de tomar la totalidad de las pérdidas o ganancias que reporten cada uno de los sub-negocios (a saber (i) Celebración acuerdo de fecha 12 de junio de 2003, (ii) Constitución Consorcio Alianza Suba Tramo II de fecha 9 de junio de 2003; (iii) Suscripción del "Contrato De Fiducia Para Administración Y De Fuente De Pago" con Fiducolombia S.A y el cual se ha denominado Patrimonio Autónomo Alianza Suba Tramo II de fecha 29 de septiembre de 2003, y sus modificatorios de fechas 8 de enero de 2004, 31 de agosto de 2005, 19 de octubre de 2005 y 30 de enero de 2006 (iv) constitución de la sociedad Constructora Suba S.A. el 7 día de enero de 2004 , (v) celebración de un Contrato de Mandato y su otrosí No. 1 de fecha 8 y 15 de enero de 2004. (vi) Oferta mercantil presentada por Constructora Suba S.A. al Consorcio Alianza Suba Tramo II, y su correspondiente ejecución, y las demás que resulten probadas en el proceso) adelantados por la unidad negocial y los demás que se lleguen a desarrollar como consecuencia de ella.

**SEPTIMA: DECLARAR**, que previo a cualquier disposición de los dineros que se haga por parte de los asociados **ESTYMA S.A., CONCA Y S.A., ARQUITECTOS E INGENIEROS ASOCIADOS S.A., CONSTRUCTORA INECON-TE LTDA., INCOEQUIPOS S.A. y VARGAS VELANDIA LIMITADA**, debe haberse previamente pagado la totalidad de las deudas o facturas pendientes de pago, pérdidas o deudas, que reporte el negocio total en sus distintos sub-negocios.

**OCTAVA: DECLARAR**, que **VARGAS VELANDIA LIMITADA**, debe asumir en la proporción de una sexta (1/6) parte la pérdida o sobrecostos que la ejecución del negocio total o sus distintos subnegocios presente, haya presentado o vaya a presentar en un futuro.

**NOVENA: CONDENAR**, a **VARGAS VELANDIA LIMITADA**, al pago en la proporción de una sexta (1/6) parte de la pérdida y sobrecostos que la ejecución del negocio total o sus distintos subnegocios arrojen de acuerdo a lo que resulte probado a lo largo del proceso.

**DECIMA: ORDENAR** a **FIDUCOLOMBIA S.A.** en su calidad de **Vocera del Patrimonio Autónomo "Alianza Suba Tramo II"**, que de los dineros que le corresponderían a Vargas Velandia Limitada de la Sub-cuenta de excedentes y de la subcuenta del colateral transitorio, proceda a realizar a favor de los demandantes el pago de las sumas en los montos que resulten probados en el proceso de la referencia que por concepto de participación en pérdidas reportadas en la ejecución de las ofertas mercantiles, deba cancelar Vargas Velandia Limitada a ésta, como mandante de Constructora Suba S.A.

**DECIMA PRIMERA: ORDENAR** a **FIDUCOLOMBIA S.A.** en su calidad de **Vocera del Patrimonio Autónomo "Alianza Suba Tramo II"**, que se abstenga de pagar o entregar suma alguna de dinero a Vargas Velandia Limitada, hasta que se realice el pago total de la parte que le corresponde pagar por concepto de participación en las pérdidas reportadas por la Constructor Suba S.A. por la ejecución de las obras del contrato 146 de 2003.

**DECIMA SEGUNDA: DECLARAR** que **VARGAS VELANDIA LIMITADA** ha incumplido las obligaciones contractuales derivadas de los acuerdos suscritos en desarrollo de la unidad comercial surgida entre **ESTYMA S.A., CONCA Y S.A., ARQUITECTOS E INGENIEROS ASOCIADOS S.A., CONSTRUCTORA INECON-TE LTDA. E INCOEQUIPOS S.A. y VARGAS VELANDIA LIMITADA**.

**DECIMA TERCERA: DECLARAR** que **VARGAS VELANDIA LIMITADA** en virtud de su incumplimiento y mora en asumir sus obligaciones contractuales, es responsable de los perjuicios y daños que con ello ha causado a las sociedades **ESTYMA S.A., CONCA Y S.A., ARQUITECTOS E INGENIEROS ASOCIADOS S.A., CONSTRUCTORA INECON-TE LTDA. E INCOEQUIPOS S.A.** así:

-Por concepto de daño emergente, correspondientes a las sumas que se ha negado aportar o pagar al proyecto, la sociedad Vargas Velandia, la suma que no estimo en menos de **CINCO MIL CUATROCIENTOS DIEZ MILLONES OCHOCIENTOS VEINTE MIL OCHOCIENTOS DOS PESOS (\$5.410.820.802.00)**, o en la cuantía que resulte probada en el proceso.

-. Por concepto de lucro cesante, correspondientes a los costos financieros e intereses mora causados desde el momento en que el demandado debió cancelar las sumas reclamadas por concepto de daño emergente, una suma que estimo en no menos de **TRESCIENTOS MILLONES DE PESOS (\$300.000.000.00)**, o en la cuantía que resulte probada en el proceso.

TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO DE  
ESTYMA S.A., CONCA Y S.A., ARQUITECTOS E INGENIEROS ASOCIADOS S.A., CONSTRUCTORA INECON-TE LTDA e  
INCOEQUIPOS S.A. Vs. VARGAS VELANDIA LTDA (XIE S.A.)

**DECIMA CUARTA: INFORMAR a FIDUCOLOMBIA S.A. en su calidad de Vocera del Patrimonio Autónomo "Alianza Suba Tramo II", el laudo arbitral.**

**DECIMO QUINTA: CONDENAR a VARGAS VELANDIA LIMITADA** al pago a favor de los demandantes en la cuantía que resulte probada en el proceso, dentro de los Cinco (5) días siguientes a proferirse el laudo arbitral, de la totalidad de los perjuicios a los que sea condenada, como consecuencia su incumplimiento y mora en asumir sus obligaciones contractuales, derivadas de los acuerdos suscritos en desarrollo de la unidad comercial surgida entre **ESTYMA S.A., CONCA Y S.A., ARQUITECTOS E INGENIEROS ASOCIADOS S.A., CONSTRUCTORA INECON-TE LTDA, INCOEQUIPOS S.A. y VARGAS VELANDIA LIMITADA.**

**DECIMA SEXTA: CONDENAR a VARGAS VELANDIA LIMITADA,** al pago de la indexación de las sumas a las que fuese condenado, desde la fecha de causación de las mismas o desde la fecha en que debió pagarlas o asumir su pago y hasta la fecha en que efectivamente se realice el pago.

**DECIMA SEPTIMA: DECIMA QUINTA: CONDENAR a VARGAS VELANDIA LIMITADA,** al pago de los intereses moratorios a la máxima tasa legal, de acuerdo lo artículo 884 del Código De Comercio, desde la fecha de causación de las mismas hasta la fecha en que efectivamente se realice su pago.

**DECIMA OCTAVA: CONDENAR a VARGAS VELANDIA LIMITADA,** al pago de intereses moratorios a la máxima tasa legal de acuerdo al artículo 884 del Código De Comercio, en caso de no pagar las condenas que fueran impuestas en las fechas señaladas en el correspondiente laudo arbitral.

**DECIMA NOVENA:** Que se condene a **VARGAS VELANDIA LIMITADA** Al pago de las costas y gastos del proceso."

La parte convocante sustentó sus pretensiones en la descripción de los hechos, unos relacionados con los antecedentes del Acuerdo suscrito por las Sociedades convocantes y convocada del 12 de junio de 2003, los relacionados con la celebración del Contrato de Concesión 146 de 2003, los relacionados con la celebración del Contrato de Fiducia del 29 de septiembre de 2003, los relacionados con la creación del Grupo Constructor, los relacionados con la creación de la Sociedad Constructora Suba S.A. el 7 de enero de 2004, los relacionados con el Contrato de Mandato y las ofertas presentadas para la ejecución de las obras contratadas y el mantenimiento de las mismas y los relacionados con la financiación del proyecto.

A todos ellos se referirá el Tribunal de manera precisa al analizar en concreto las pretensiones de la demanda arbitral.

### **3.3. Pronunciamiento sobre la competencia del Tribunal**

El Tribunal procedió a pronunciarse sobre su competencia, de acuerdo con lo previsto en el Reglamento del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, en vista de que, de conformidad con la Cláusula Compromisoria, el Tribunal debe regirse por dicho Reglamento.

Sobre este particular, el Tribunal consideró que las controversias sometidas a su consideración son todas de carácter económico o patrimonial y de contenido particular y concreto respecto de una relación jurídica contractual específica, por lo tanto susceptibles de disposición y transacción.

De otra parte, sobre la Cláusula Compromisoria, el Tribunal consideró que resultaba onmicomprensiva sobre cualquier diferencia o disputa que surgiera entre las partes, por lo cual, se concluyó que la asunción de competencia del Tribunal se ajustaba íntegramente a los límites materiales previstos tanto en el artículo 116 de la Constitución Política, y en el artículo 13 de la Ley 270 de 1996, como en el artículo 111 de la Ley 446 de 1998.

Una vez notificadas las partes en estrados, el apoderado de la parte convocada interpuso recurso de reposición contra la providencia anterior, cuya transcripción obra a folios 216 a 227 del Cuaderno Principal numero 1 del expediente.

El recurso se fundó, de una parte, en que a juicio del apoderado de la sociedad demandada, las pretensiones de la demanda no pueden reclamarse a la luz del Acuerdo que contiene la Cláusula Compromisoria.

En efecto, afirmó que en la Cláusula Compromisoria contenida en el Acuerdo se establece en la parte inicial que “Salvo por el cobro de las sumas que cualquiera de las Partes llegue a adeudar a las demás Partes, las cuales se podrán reclamar ejecutivamente...”, lo que indica que si los demandante estiman que Vargas Velandia es responsable de las pérdidas, el cobro de estas sumas estaría excluido de la competencia del Tribunal pues se podrían reclamar ejecutivamente.

Al recorrer el traslado del recurso, el apoderado de la parte convocante, según consta en el acta respectiva, en resumen, expresó que “Los elementos para resolver sobre la competencia, son como se ha manifestado en el recurso tres: capacidad, transigibilidad y alcance de la cláusula compromisoria frente a las pretensiones y ellos están cumplidos”, al tiempo que agregó que es claro que en este caso no existe un título ejecutivo, sino una controversia sobre unos derechos sobre la cual precisamente debe pronunciarse el Tribunal.

El Tribunal confirmó la providencia recurrida, por considerar, entre otras cosas que “de conformidad con el Acuerdo, en su texto integral, celebrado entre las partes el 12 de junio de 2003, que es el que contiene la cláusula compromisoria, la controversia planteada está comprendida en dicha cláusula.”

### **3.4. Admisión de la demanda sustituida, y recurso de reposición**

Luego de haberse avocado competencia, el Tribunal dictó Auto (Según consta en el Acta No. 4) con el cual, por cumplir con los requisitos que establece la ley, admitió la demanda presentada por las Sociedades ESTYMA S.A., CONCAY

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO DE  
ESTYMA S.A., CONCA Y S.A., ARQUITECTOS E INGENIEROS ASOCIADOS S.A., CONSTRUCTORA INECON-TE LTDA e  
INCOEQUIPOS S.A. Vs. VARGAS VELANDIA LTDA (XIE S.A.)

S.A., ARQUITECTOS E INGENIEROS ASOCIADOS S.A., CONSTRUCTORA INECON-TE LTDA e INCOEQUIPOS S.A., y corrió traslado de la misma por el término legal correspondiente.

Contra dicha providencia, igualmente el apoderado de la parte convocada interpuso recurso de reposición a fin de que el Tribunal procediera a integrar el contradictorio, a lo cual no accedió el Tribunal de manera que fue confirmada la providencia recurrida.

### **3.5. La Oposición a las Pretensiones y las Excepciones propuestas**

Dentro del término legal, el apoderado de la parte convocada al contestar la demanda se pronunció sobre los hechos, se opuso a las pretensiones, pidió pruebas y propuso las siguientes excepciones de mérito:

1. Falta de competencia del Tribunal de Arbitramento.
2. Falta de legitimación en la causa por activa y por pasiva.
3. Falta de debida integración del contradictorio.
4. Culpa de las sociedades convocantes.
5. Ausencia de fuente de derecho de carácter legal o contractual que ampare el pedimento de la Convocante bajo las pretensiones de la demanda.
6. Divisibilidad del objeto de la obligación.
7. Pérdida del Equilibrio financiero en caso que se acepte el concepto de “unidad negocial”.
8. Democratización de pérdidas y privatización de utilidades.
9. Redistribución de beneficio.
10. Contrato no cumplido.
11. Imposibilidad de acceder a la reclamación de perjuicios alegada.
12. Inexistencia de los perjuicios alegados.
13. Falta de prueba sobre la obligación propia que se dice como incumplida por Vargas Velandia.
14. Quebrantamiento del Principio de la buena fe contractual y de la teoría de los actos propios.
15. Mala fe de los demandantes.
16. Genérica.

### **3.6. Llamamiento en garantía y recurso de reposición**

Simultáneamente con la contestación de la demanda, la parte convocada solicitó el llamamiento en garantía a la Fiduciaria Bancolombia, al Instituto de Desarrollo Urbano (IDU), a Transmilenio S.A. y a Constructora Suba S.A.

Por virtud de lo dicho en el Auto de fecha once (11) de octubre de 2007 contenido en el Acta No, 6, el Tribunal no consideró procedente decretar el llamamiento en garantía solicitado.

Contra dicho auto, el apoderado de Vargas Velandia Ltda., presentó recurso de reposición, el cual fue resuelto desfavorablemente por el Tribunal, mediante providencia de fecha quince (15) de noviembre de 2007 (Acta No. 7).

### **3.7. La Demanda de Reconvención**

Igualmente, al tiempo de la contestación de la demanda arbitral, la parte convocada presentó escrito que contenía demanda de reconvención con fecha del 30 de agosto de 2007, en la cual solicitó del Tribunal hacer las siguientes declaraciones y condenas:

#### **"I. PRETENSIONES**

**PRIMERA.-** Se declare que Estyma S.A, CONCA Y S.A, Arquitectos e Ingenieros S.A., Constructora INECONTE Ltda. e INCOEQUIPOS S.A., incumplieron las obligaciones que asumieron bajo el Acuerdo Interno suscrito entre estas y Vargas Velandia Ltda., el 12 de junio de 2003, así como en el contrato de fiducia para administración y fuente de pago del Contrato de Concesión 146 de 2003 celebrado con FiduColombia S.A (Patrimonio Autónomo Alianza Suba Tramo II), al obstruir, impedir y realizar actos contrarios a las obligaciones que se les imponen para permitir a la demandante en reconvención acceder a los recursos que le corresponden como legítimo beneficiario de la sub-cuenta de excedentes y de la sub-cuenta de colateral transitorio.

**PRIMERA SUBSIDIARIA.-** Se declare que la sociedades Estyma S.A, CONCA Y S. A, Arquitectos e Ingenieros S. A, Constructora INECONTE Ltda. e INCOEQUIPOS S. A, de mala fe y en forma abusiva, han pretendido apropiarse de los recursos que le corresponden a Vargas Velandia S.A, bajo el contrato de fiducia para administración y fuente de pago del contrato de concesión 146 de 2003 celebrado con FiduColombia S.A.

**SEGUNDA.-** Se declare que las sociedades Estyma S. A, CONCA Y S. A, Arquitectos e Ingenieros S.A., Constructora INECONTE Ltda. e INCOEQUIPOS S. A, no tienen en forma conjunta o de manera individual, ningún derecho legal o contractual para exigir a la sociedad Vargas Velandia Ltda., que destine los recursos que le pertenecen a ésta bajo el contrato de fiducia para administración y fuente de pago del contrato de concesión 146 de 2003 celebrado con FiduColombia S.A, para financiar las actividades de la Constructora Suba S.A. en desarrollo de las ofertas mercantiles que vinculan a esta sociedad con las empresas demandadas y el Patrimonio Autónomo Alianza Suba Tramo II.

**TERCERA.-** Se declare que la intención que han manifestado las sociedades Estyma S.A., CONCA Y S.A., Arquitectos e Ingenieros S.A., Constructora INECONTE Ltda. e INCOEQUIPOS S.A., para que la sociedad Vargas Velandia Ltda. destine los recursos que le corresponden bajo el contrato de de fiducia para administración y fuente de pago del contrato de concesión 146 de 2003 celebrado con FiduColombia S.A., para financiar las actividades de la Constructora Suba S.A., implica trasladar de manera ilegítima a Vargas Velandia Ltda. los riesgos que bajo el modelo financiero y organizacional del contrato de concesión 146 de 2003, se trasladaron a la Constructora Suba S.A., afectando de esta manera, sin justa causa, en forma

TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO DE  
ESTYMA S.A., CONCA Y S.A., ARQUITECTOS E INGENIEROS ASOCIADOS S.A., CONSTRUCTORA INECON-TE LTDA e  
INCOEQUIPOS S.A. Vs. VARGAS VELANDIA LTDA (XIE S.A.)

---

ilegítima y de manera abusiva, los derechos financieros de la sociedad demandante en reconvencción.

**CUARTA.-** Se declare que las sociedades Estyma S.A, CONCA Y S.A., Arquitectos e Ingenieros S.A, Constructora INECONTE Ltda. e INCOEQUIPOS S.A, no tienen ningún derecho de crédito en contra de Vargas Velandia Ltda., por razón de los préstamos que aquellas empresas le hubieren hecho a la Constructora Suba S. A. para financiar la ejecución de las obras correspondientes a las ofertas mercantiles que vinculan a esta sociedad con las empresas demandadas y el Patrimonio Autónomo Alianza Suba Tramo II (Patrimonio Autónomo Alianza Suba Tramo II).

**QUINTA.-** Se declare que las sociedades Estyma S. A, CONCA Y S.A, Arquitectos e Ingenieros S. A, Constructora INECONTE Ltda. e INCOEQUIPOS S.A., no tienen ningún derecho legal o contractual sobre los dineros que en calidad de beneficiario le corresponden a Vargas Velandia S.A. bajo el contrato de fiducia para administración y fuente de pago del Contrato de Concesión 146 de 2003 celebrado con Fiducolombia S.A (Patrimonio Autónomo Alianza Suba Tramo II),

**SEXTA.-** Se declare que Vargas Velandia Ltda. no es deudor solidario con la sociedad Constructora Suba S.A., por los recursos de crédito que esta empresa hubiere contratado con las sociedades Estyma S.A, CONCA Y S.A, Arquitectos e Ingenieros S.A, Constructora INECONTE Ltda. e INCOEQUIPOS S.A, para financiar la ejecución de las obras correspondientes a las ofertas mercantiles que vinculan a esta sociedad con las empresas demandadas y el Patrimonio Autónomo Alianza Suba Tramo II (Patrimonio Autónomo Alianza Suba Tramo II).

**SEPTIMA.-** Se declare que Vargas Velandia Ltda. no esta obligada a asumir el valor o costo de los recursos de crédito que la sociedad Constructora Suba S. A. hubiere adquirido con las empresas Estyma S. A, CONCA Y S.A., Arquitectos e Ingenieros S.A., Constructora INECONTE Ltda. e INCOEQUIPOS S.A., o cualquier otra operación que hubiere implicado el financiamiento de la ejecución de las actividades a que se refieren las ofertas mercantiles que vinculan a esta sociedad con las empresas demandadas y el Patrimonio Autónomo Alianza Suba Tramo II (Patrimonio Autónomo Alianza Suba Tramo II).

**OCTAVA.-** Se declare que Vargas Velandia S.A. no es deudor de la sociedad Constructora Suba S.A. por razón de las actividades que esta empresa desarrolló para la construcción de las obras a que se refiere el contrato de concesión 146 de 2003 en el marco de las ofertas mercantiles que vinculan a esta sociedad con las empresas demandadas y el Patrimonio Autónomo Alianza Suba Tramo II (Patrimonio Autónomo Alianza Suba Tramo).

**NOVENA.-** Se declare que Estyma S.A., CONCA Y S.A., Arquitectos e Ingenieros S.A., Constructora INECONTE Ltda. e INCOEQUIPOS S.A., a través de sus acciones y omisiones, son responsables por los sobre-costos que se han presentado en la ejecución de las ofertas mercantiles que presentó la sociedad Constructora Suba S.A. en desarrollo del contrato de mandato sin representación del 8 de enero de 2004, con exclusión de los vinculados a los accidentes de tránsito ocurridos los días 2 y 28 de abril de 2004.



**DECIMA.-** Se declare que las sociedades Estyma S.A., CONCA Y S.A., Arquitectos e Ingenieros S.A., Constructora INECONTE Ltda. e INCOEQUIPOS S.A., actuado como su-contratistas y proveedores de Constructora Suba S. A., fueron beneficiarios directos de los recursos de crédito que dichas empresas han entregado a Constructora Suba S.A., para la atención de los sobre-costos generados en las actividades de construcción de las obras a que se refiere el contrato de concesión 143 de 2003.

**DECIMA PRIMERA.-** Se declare que las sociedades Estyma S.A., CONCA Y S.A., Arquitectos e Ingenieros S.A., Constructora INECONTE Ltda. e INCOEQUIPOS S.A., son acreedoras directas de la sociedad Constructora Suba S.A., por razón de los prestamos efectuados a ésta para la ejecución de las obras correspondientes al contrato de concesión 143 de 2003 en el marco de las ofertas mercantiles que vinculan a esta sociedad con las empresas demandadas y el Patrimonio Autónomo Alianza Suba Tramo II (Patrimonio Autónomo Alianza Suba Tramo).

**DECIMA SEGUNDA.-** Se declare que las sociedades Estyma S.A., CONCA Y S.A., Arquitectos e Ingenieros S.A., Constructora INECONTE Ltda. e INCOEQUIPOS S.A., no tienen derecho a recibir más beneficios por razón de las actividades de construcción de las obras a que se refiere el contrato de concesión 143 de 2003, distintos de los relacionados con sus actividades como subcontratistas, socios y proveedores de Constructora Suba S.A.

**DECIMA TERCERA.-** Se declare que por razón de que las sociedades Estyma S.A., CONCA Y S.A., Arquitectos e Ingenieros S.A., Constructora INECONTE Ltda. e INCOEQUIPOS S.A., son las mismas sociedades que para la época de ejecución de las obras de construcción de la concesión a que se refiere el contrato de concesión 146 de 2003, eran quienes tenían la propiedad del capital social y la administración efectiva de la sociedad Constructora Suba S.A., no tienen derechos contractuales o legales para exigir a la demandante en reconvención el pago de los sobre-costos causados o que se lleguen a causar en la ejecución de la oferta mercantil

**DECIMA CUARTA.-** Se declare que las pérdidas que reporte la Constructora Suba S.A., en la ejecución de las ofertas mercantiles presentadas y aceptadas en desarrollo del contrato de mandato suscrito con Estyma S.A., CONCA Y S.A., Arquitectos e Ingenieros S.A., Constructora INECONTE Ltda., INCOEQUIPOS S.A., y Vargas Velandia Ltda., le pertenecen a aquella, en razón a que asumió la totalidad de riesgos inherentes a la ejecución de las obras.

**DECIMA QUINTA.-** Se declare que la cobertura de los sobre-costos generados en la ejecución de las ofertas mercantiles presentadas por la Constructora Suba S.A. a Estyma S.A., CONCA Y S.A., Arquitectos e Ingenieros S. A., Constructora INECONTE Ltda. e INCOEQUIPOS S.A. y Vargas Velandia S.A., contractual y legalmente no debieron ni deben ser cubiertos con los recursos que les corresponde a los demandados en reconvención y a Vargas Velandia Ltda., como beneficiarios bajo el contrato de fiducia para administración y fuente de pago del contrato de concesión 146 de 2003 celebrado con FiduColombia S.A.

**DECIMA SEXTA.-** Se declare que las sociedades Estyma S.A., CONCA Y S. A., Arquitectos e Ingenieros S.A., Constructora INECONTE Ltda. e INCOEQUIPOS S.A., son responsables por los perjuicios que a la sociedad demandante en

reconvencción le han causado y le cause el impago de los derechos de crédito que esta tiene en contra de la sociedad Constructora Suba S.A. así como cualquier otro derecho que le corresponda bajo el contrato de fiducia para administración y fuente de pago del contrato de concesión 146 de 2003 celebrado con FiduColombia S.A.

**DECIMA SÉPTIMA.-** Se condene a las demandadas a pagar los perjuicios de todo orden que los incumplimientos antes indicados así como los comportamientos contrarios a la buena fe comercial y abusivos, le hubieren causado a la sociedad Vargas Velandia Ltda., representados, aunque no limitados, a la falta de disponibilidad sobre los recursos que le corresponden bajo la fiducia para administración y fuente de pago del contrato de concesión 146 de 2003 celebrado con FiduColombia S.A, así como los recursos que le corresponden por la ejecución de actividades ejecutadas por dicha empresa en desarrollo de la ejecución de las obras encomendadas a la Constructora Suba S.A. en el marco de las ofertas mercantiles que vinculan a esta sociedad con las empresas demandadas y el Patrimonio Autónomo Alianza Suba Tramo II (Patrimonio Autónomo Alianza Suba Tramo), incluidos aquellos perjuicios que se demuestren en el proceso en relación con el beneficio o utilidad esperada en desarrollo de las actividades de la Constructora Suba S.A, que se vieron frustrados por el comportamiento abusivo, arbitrario e ilegal de las sociedades Estyma S. A, CONCAY S. A, Arquitectos e Ingenieros S. A, Constructora INECONTE Ltda. e INCOEQUIPOS S. A. La condena por estos perjuicios deberá incluir la respectiva actualización mentaria.

**DECIMA OCTAVA.-** Se condene en costas y agencias en derecho a las demandadas."

La parte convocada y convocante en reconvencción igualmente sustentó sus pretensiones en la descripción de los hechos relacionados con la celebración del Acuerdo del 12 de junio de 2003, los relacionados con la celebración del Contrato de Concesión 146 de 2003, los relacionados con la celebración del Contrato de Fiducia del 29 de septiembre de 2003, los relacionados con la creación del Grupo Constructor, los relacionados con la creación de la Sociedad Constructora Suba S.A. el 7 de enero de 2004, los relacionados con el Contrato de Mandato y las ofertas presentadas para la ejecución de las obras contratadas y el mantenimiento de las mismas y los relacionados con la financiación del proyecto.

A todos ellos se referirá el Tribunal de manera precisa al analizar en concreto las pretensiones de la demanda de reconvencción.

### **3.8. Admisión, traslado, y excepciones de la demanda de reconvencción**

Previamente a decidir sobre la admisión de la demanda de reconvencción, el Tribunal ordenó a la parte demandante en reconvencción, precisar razonablemente la cuantía de sus pretensiones, en el término de cinco (5) días.

Una vez cumplido lo ordenado por el Tribunal, mediante Auto del 15 de Noviembre de 2007 (Acta No. 7), se declaró competente para resolver en derecho las diferencias sometidas a su consideración en la demanda de

reconvencción, por cumplir con los requisitos que establece la ley dispuso admitir la demanda de reconvencción presentada por la Sociedad VARGAS VELANDIA LTDA contra las Sociedades ESTYMA S.A., CONCAY S.A., ARQUITECTOS E INGENIEROS ASOCIADOS S.A., CONSTRUCTORA INECON-TE LTDA e INCOEQUIPOS S.A., dispuso notificar personalmente el auto admisorio de la misma y correr traslado de ella por el término legal correspondiente.

El apoderado de la parte convocante presentó dentro del término legal la contestación a la demanda de reconvencción, en la cual se pronunció sobre las pretensiones y los hechos y, pidió pruebas. Con el escrito de contestación, la parte convocada en reconvencción no propuso excepciones de mérito previstas como tales en el ordenamiento jurídico contra las pretensiones del demandante en reconvencción.

El veintitrés (23) de enero de 2008 se corrió traslado de las excepciones formuladas a la demanda principal y el siete (7) de febrero de 2008, a solicitud del señor apoderado de la convocada y convocante en reconvencción, se corrió traslado de la oposición contenida en la contestación a la demanda de reconvencción para garantizar sus derechos de defensa, contradicción y audiencia y, en general, del debido proceso, , aunque en tal contestación, se reitera, no se hubiere incluido un acápite específico sobre dichas excepciones.

Dentro del traslado de las excepciones contenidas en la contestación a la demanda de reconvencción, el apoderado de Vargas Velandia Ltda., parte demandante en reconvencción, solicitó que se tuviera como prueba el documento "Proyecto de Titularización" el cual aportó en formato PDF en archivo contenido en un disco compacto, que posteriormente reemplazó por cuanto el primer disco compacto contenía un acceso directo.

### **3.9. Reforma de la Demanda arbitral**

Mediante escrito presentado el cinco (5) de marzo de 2008 el apoderado de la parte convocante reformó la demanda inicial, en la cual solicitó del Tribunal hacer las siguientes declaraciones y condenas:

**"PRIMERA:** Declarar que las sociedades ESTYMA S.A., CONCAY S.A., ARQUITECTOS E INGENIEROS ASOCIADOS S.A., CONSTRUCTORA INECON-TE LTDA., INCOEQUIPOS S.A. y VARGAS VELANDIA LIMITADA -HOY XIE S.A.-, celebraron un convenio contenido en el documento de fecha 12 de Junio de 2.003, denominado "Acuerdo", el cual tenía por objeto regular el desarrollo y manejo para participar, todos los firmantes, en la licitación para la adjudicación, entre otros, del contrato de concesión para la construcción del tramo II de la Troncal de Transmilenio Suba, en ciudad de Bogotá D.C.

**"SEGUNDA:** Que en el "Acuerdo" o convenio de fecha 12 de junio de 2.003, las sociedades ESTYMA S.A., CONCAY S.A., ARQUITECTOS E INGENIEROS ASOCIADOS S.A., CONSTRUCTORA INECON-TE LTDA., INCOEQUIPOS S.A. y VARGAS VELANDIA LIMITADA -HOY XIE S.A.-, regularon de manera

general las obligaciones y derechos que las citadas sociedades tendrían, en el evento de ser adjudicado alguno de los dos contratos de concesión, en especial lo relacionado con la participación de las mismas en el reparto de utilidades o pérdidas y en la asunción de los gastos y sobre costos que se pudieren ocasionar con el desarrollo y manejo, entre otros, del contrato de concesión No. 146-2003 para la construcción del tramo II de Transmilenio en la avenida Suba de Bogotá D.C. que les fue adjudicado a través del Consorcio Alianza Suba.

**“TERCERA:** Que para la ejecución y el cumplimiento del contrato de concesión No. 146-2003 y en desarrollo del “Acuerdo”, las sociedades **ESTYMA S.A., CONCAV S.A., ARQUITECTOS E INGENIEROS ASOCIADOS S.A., CONSTRUCTORA INECON-TE LTDA., INCOEQUIPOS S.A. y VARGAS VELANDIA LIMITADA -HOY XIE S.A.-**, implementaron varios actos jurídicos, tendientes a la misma finalidad de desarrollar el citado contrato de concesión, como lo fue la constitución de la sociedad **CONSTRUCTORA SUBA S.A.**, la constitución del fideicomiso contenido en el documento de fecha 29 de Septiembre de 2003 y sus modificaciones, el contrato de mandato contenido en el documento de fecha 8 de enero de 2004 y sus modificaciones o adiciones y las ofertas mercantiles presentadas por **CONSTRUCTORA SUBA S.A.** al **CONSORCIO ALIANZA SUBA**.

**“CUARTA:** Como consecuencia de lo anterior, declarar que los actos jurídicos que se mencionan a continuación, conforman en conjunto un solo negocio jurídico o una unidad negocial, cuya finalidad única era la de ejecutar el contrato de concesión No. 146-2003 celebrado con el IDU, así:

(i) La suscripción del “Contrato De Fiducia Para Administración Y De Fuente De Pago” con Fiducolombia S.A y el cual se ha denominado Patrimonio Autónomo Alianza Suba Tramo II, contenido en el documento de fecha 29 de Septiembre de 2003, y sus modificatorios de fechas 8 de enero de 2004, 31 de agosto de 2005, 19 de octubre de 2005 y 30 de enero de 2006,

(ii) La constitución de la sociedad **CONSTRUCTORA SUBA S.A.** mediante escritura pública No. 020 otorgada en la notaría Veinticinco del círculo de Bogotá el 7 de enero de 2004,

(iii) El Contrato de Mandato de fecha 8 de enero de 2004 y su otrosí No. 1 de fecha 15 de enero de 2004.

(iv) Las Ofertas mercantiles presentadas para la ejecución de las obras objeto del contrato de concesión No. 146 de 2003, por Constructora Suba S.A. y por los socios a ésta.

**“QUINTA:** Declarar que como consecuencia de la unidad de negocio que conforman todos los precitados actos jurídicos, el resultado de las utilidades o pérdidas que se obtengan por el desarrollo del contrato de concesión No. 146-2003 celebrado con el IDU, es el resultado de sumar las pérdidas o las utilidades que individualmente arrojen el desarrollo de cada uno de los actos jurídicos que conforman la unidad negocial para el desarrollo del citado contrato de concesión, como lo son la sociedad **CONSTRUCTORA SUBA S.A.**, el contrato de mandato celebrado por el **CONSORCIO ALIANZA SUBA** y la citada sociedad, el

“Contrato De Fiducia Para Administración Y De Fuente De Pago” de fecha 29 de Septiembre de 2.003 y las ofertas.

**“SEXTA:** Como consecuencia de lo anterior, declarar que las sociedades **ESTYMA S.A., CONCAY S.A., ARQUITECTOS E INGENIEROS ASOCIADOS S.A., CONSTRUCTORA INECON-TE LTDA., INCOEQUIPOS S.A. y VARGAS VELANDIA LIMITADA -Hoy XIE S.A.-** tienen derecho a percibir cada una la sexta (1/6) parte de las utilidades que arroje la unidad comercial creada para desarrollar el contrato de concesión No. 146-2003 celebrado con el IDU, así como cada una de dichas sociedades tiene la obligación de asumir la sexta (1/6) parte de la pérdida, de los gastos y de los sobre costos que se hayan ocasionado o se lleguen a ocasionar como consecuencia del desarrollo y cumplimiento del mencionado contrato de concesión No.146-2003.

**“SÉPTIMA:** Como consecuencia de lo anterior, declarar que la sociedad **XIE S.A.,** antes denominada **VARGAS VELANDIA LIMITADA,** tenía y continúa teniendo la obligación de suministrar la sexta (1/6) parte del total de los gastos y sobre costos que se han ocasionado por el desarrollo del contrato de concesión No.146-2003, de acuerdo con las sumas que se establezcan en este proceso y de las que establezca el Tribunal sobre los valores a tener en cuenta en el futuro del desarrollo del contrato de concesión.

**“OCTAVA:** Como consecuencia, condenar a la sociedad **XIE S.A.,** antes denominada **VARGAS VELANDIA LIMITADA,** a pagar a las sociedades demandantes, por el no cumplimiento de las obligaciones adquiridas en virtud del “Acuerdo” de fecha 12 de Junio de 2.003 y de los demás actos que conforman la unidad comercial en desarrollo del mismo, las siguientes sumas de dinero, que deberán ser canceladas dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria del Laudo que resuelva el presente litigio:

a) La suma de **CINCO MIL CUATROCIENTOS DIEZ MILLONES OCHOCIENTOS VEINTE MIL OCHOCIENTOS DOS PESOS (\$5.410.820.802.00),** o la que se llegue a establecer dentro del proceso, correspondiente a las sumas de dinero que **LOS SOCIOS** han puesto por cuenta de aquella y que le correspondía asumir para cubrir la parte de los gastos y sobre costos para el desarrollo y cumplimiento del contrato de concesión.

b) La suma de **TRESCIENTOS MILLONES DE PESOS (\$300.000.000.00)** o la que se establezca dentro del proceso por concepto de los costos financieros e intereses en los que debieron incurrir las demandantes para la consecución de los dineros mencionados en el literal anterior.

c) Por la suma de **TRESCIENTOS MILLONES DE PESOS (\$300.000.000.00)** o la que se establezca dentro del proceso, correspondiente a la diferencia entre el presupuesto inicial con base en el cual se adjudicó la licitación y el valor final de la obra, excluidos los sobre costos ocasionados por hechos que no eran previsibles técnicamente al elaborar el presupuesto mencionado o que constituyan fuerza mayor o caso fortuito.

d) Por el valor de los intereses moratorios, liquidados a la máxima tasa legal certificada por la Superintendencia Financiera de Colombia, liquidados desde la

fecha en que se hicieron exigibles cada una de las sumas a pagar y hasta la fecha en que se realice el pago de las mismas.

**“NOVENA: DECLARAR** que los recursos existentes en la Sub-cuenta de excedentes y de la subcuenta del colateral transitorio, previstas en el “Contrato De Fiducia Para Administración Y De Fuente De Pago” de fecha 29 de Septiembre de 2.003, deben ser destinados por su beneficiario GRUPO ALIANZA SUBA conformado por las sociedades **ESTYMA S.A., CONCA Y S.A., ARQUITECTOS E INGENIEROS ASOCIADOS S.A., CONSTRUCTORA INECON-TE LTDA., INCOEQUIPOS S.A. y VARGAS VELANDIA LIMITADA -HOY XIE S.A.-**, al pago de la totalidad de los costos y gastos generados en la ejecución y mantenimiento de las obras objeto del contrato de concesión No. 146 de 2003, que no sean ni hayan sido cubiertos directamente por otras subcuentas del Fideicomiso.

**“DÉCIMA:** Como consecuencia de las anteriores condenas, oficiar a **FIDUCOLOMBIA S.A.** en su calidad de Vocera del Patrimonio Autónomo “Alianza Suba Tramo II”, y al funcionario responsable del Grupo Alianza Suba, informándoles sobre el contenido del Laudo que se profiera y dándoles la instrucción de que no pueden entregar ninguna suma de dinero ni autorizar el pago de las mismas, tomadas de la cuenta de excedentes o de cualquiera otra prevista en el contrato de fiducia, a favor de ninguna de las sociedades **ESTYMA S.A., CONCA Y S.A., ARQUITECTOS E INGENIEROS ASOCIADOS S.A., CONSTRUCTORA INECON-TE LTDA., INCOEQUIPOS S.A. y VARGAS VELANDIA LIMITADA -HOY XIE S.A.-**, hasta tanto no se haya acreditado en debida forma que se han pagado la totalidad de los costos, gastos o sobre costos que se hayan causado u originado en desarrollo del contrato de concesión No. 146-2003, o mientras no se hayan constituido real y efectivamente las provisiones o reservas necesarias para garantizar el pago de todos los costos, gastos y sobre costos que se hayan causado o que se lleguen a causar para garantizar el cumplimiento total del contrato de concesión No. 146-2003.

**“DECIMA PRIMERA:** Condenar a la sociedad convocada al pago de las costas, agencias en derecho y gastos del proceso, que se causen como consecuencia del mismo.”

### **3.10. Admisión, traslado y excepciones a la demanda reformada**

En auto de fecha seis (6) de marzo de 2008 (Acta No. 10), el Tribunal admitió la demanda reformada, y corrió traslado de la misma en los términos del numeral 4° del artículo 89 del C.P.C.

Dentro del término legal el apoderado de Vargas Velandia Ltda., contestó la demanda reformada y ratificó de manera integral lo afirmado al contestar la demanda inicial y solicitar pruebas.

De la contestación a la demanda reformada se corrió traslado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 399 del C.P.C, el cual fue descrito oportunamente por el apoderado de la parte convocante mediante escrito en el cual solicitó pruebas e hizo otras manifestaciones.

### **3.11. Honorarios y gastos del Tribunal**

Según quedó dicho, en audiencia que tuvo lugar el ocho (8) de junio de 2007, se llevó a cabo la fijación de gastos y honorarios del Tribunal, los cuales fueron depositados oportunamente por las partes.

Posteriormente, y con base en las pretensiones de la demanda de reconvencción, el Tribunal decretó un reajuste en las sumas fijadas por concepto de gastos y honorarios, mediante auto del once (11) de octubre de 2007, el cual fue pagado por las partes oportunamente.

### **3.12. Audiencia de conciliación**

Mediante auto del seis (6) de marzo de 2008, se fijó como fecha para que tuviera lugar una audiencia de conciliación, el dieciséis (16) de abril del mismo año y se dispuso que en caso de que fracasara se daría inicio a la primera audiencia de trámite.

En la fecha mencionada se llevó a cabo la audiencia de conciliación (Acta No. 11), sin que las partes llegaran a acuerdo alguno, por lo cual, el Tribunal declaró fracasado el intento conciliatorio y ordenó continuar con la primera audiencia de trámite.

## **D. PRIMERA AUDIENCIA DE TRÁMITE**

En la primera audiencia de trámite, llevada a cabo el veintiuno (21) de abril de 2008 (Acta No. 12), las partes de común acuerdo manifestaron que es de su entendimiento que el Reglamento aplicable a éste trámite arbitral, es el Reglamento del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

En esta oportunidad, el Tribunal procedió a resolver sobre las pruebas pedidas por las partes, las cuales se practicaron según se expresa en el siguiente acápite.

## **E. LAS PRUEBAS DEL PROCESO**

Según consta en el Acta No. 12 de fecha del veintiuno (21) de abril de 2008, que obra a folios 131 y 146 del Cuaderno Principal número 2 del expediente, el Tribunal procedió a decretar las pruebas del proceso, las cuales se practicaron de la siguiente manera:

### **1. DOCUMENTALES ALLEGADAS POR LAS PARTES**

Se ordenó tener como pruebas los documentos anexados a la demanda inicial (que se relacionan a folio 16 y 17 del Cuaderno Principal 1), a la sustituida (que se relacionan a folio 160 y siguientes del cuaderno Principal 1), y a la

contestación de la demanda inicial (que se relacionan a folio 303 y siguientes del Cuaderno Principal 1), junto con el experticio elaborado por la señora María Elvira Bolaño anexo con la contestación de la demanda, así como el documento “Proyecto de Titularización”, aportado en formato PDF en archivo contenido en un disco compacto, con los escritos radicados el 14 y 18 de febrero 2008 (Folios 47 y 48 del Cuaderno Principal número 2 del Expediente).

## **2. DOCUMENTAL OFICIOS**

El Tribunal decretó los siguientes oficios:

- Los solicitados por la parte convocante:
  - 2.1 A Fiduciaria Bancolombia: El oficio con fecha trece (13) de mayo de 2008, obra a folio 203 y 204 del Cuaderno Principal número 2 del expediente. El día veintisiete (27) de junio de 2008 se recibió respuesta al oficio, tal como consta en el acta No. 32 del ocho (8) de julio de 2008.
  - 2.2 A Fiduciaria Bancafé S.A.: El oficio con fecha trece (13) de mayo de 2008, obra a folio 205 del Cuaderno Principal número 2 del expediente. La respuesta a dicho oficio se envió el 21 de julio de 2008 según consta en el acta No. 37 del once (11) de septiembre de 2008.
  - 2.3 A Constructora Suba S.A.: Se elaboró oficio el trece (13) de mayo de 2008, cuya copia obra a folio 206 y 207 del Cuaderno Principal número 2 del expediente. El día cuatro (4) de septiembre de 2008 se dio respuesta al oficio según consta en el acta No. 36 del mismo día.
- Los solicitados por la parte convocada:
  - 2.4 A la Fiscalía General de la Nación: Se radicó oficio el quince (15) de mayo de 2008, cuya copia obra a folio 263 del Cuaderno Principal número 2 del expediente. El día veintiséis (26) de junio de 2008 se recibió respuesta al oficio, según consta en el acta No. 30 del primero (1) de julio de 2008.
  - 2.5 Al Instituto de Desarrollo Urbano – IDU: Se radicó oficio el quince (15) de mayo de 2008, cuya copia obra a folio 264 del Cuaderno Principal número 2 del expediente. Se dio respuesta al oficio según consta en el acta No. 35 del treinta (30) de julio de 2008.

## **3. INTERROGATORIOS DE PARTE**

El Tribunal decretó los interrogatorios de parte para los representantes legales de las Sociedades convocantes y de la Sociedad convocada, pero ellos fueron



desistidos por cada uno de los respectivos solicitantes, tal como consta en el Acta No. 32 y No. 33 del ocho (8) y diez (10) de julio de 2008, respectivamente.

#### 4. INSPECCIONES JUDICIALES

Se decretaron las inspecciones judiciales con exhibición de documentos e intervención de perito en las oficinas de Constructora Suba S.A., y en las oficinas de la convocada. La perito designada para ambas inspecciones fue la Contadora Pública **Gloria Zady Correa Palacio**, quien se posesionó de su cargo el día veinticinco (25) de abril de 2008

- La inspección judicial en las oficinas de Constructora Suba S.A., se inició el veinticinco (25) de abril de 2008 tal como consta el Acta número 13 del Cuaderno Principal número 2 del expediente. Los documentos solicitados para ser incorporados en el expediente, fueron aportados el trece (13) de mayo de 2008, tal como consta en el Acta no. 36 de 2008. Adicionalmente el Tribunal decretó incorporar otros documentos solicitados por las partes y que se relacionan en el Acta No. 28 del dieciocho (18) de junio de 2008. Tales documentos fueron aportados por Constructora Suba el cuatro (4) de septiembre de 2008 y obran en el Cuaderno Principal numero 2 del expediente.
- La inspección judicial con exhibición de documentos e intervención de peritos en las oficinas de Xie S.A., se llevó a cabo el día cuatro (4) de junio de 2008, tal como consta en el Acta No. 25, donde además se relacionan los documentos exhibidos, y los incorporados inicialmente. Los documentos que posteriormente las partes decidieron incorporar al expediente, se relacionan en el acta No. 27 del doce de junio de 2008, y además se incorporaron los documentos relacionados en el acta No. 32 del ocho de julio de 2008. Tales documentos fueron aportados por el apoderado de Xie S.A., tal como consta en el acta No. 36 del cuatro de septiembre de 2008.

El dictamen pericial fue entregado dentro del término legal, y por secretaria se corrió traslado del mismo el tres (3) de julio de 2008. El apoderado de la parte convocante presentó escrito solicitando la aclaración y complementación del dictamen el día siete (7) de julio de 2008. Por su parte, el apoderado de la parte convocada también solicitó aclaraciones y complementaciones al dictamen, en la misma fecha.

El treinta (30) de julio de 2008, se corrió traslado de las aclaraciones, complementaciones y correcciones al dictamen entregadas por la perito, término en el cual las partes guardaron silencio.

#### 5. DICTÁMENES PERICIALES

a) Ambas partes solicitaron un dictamen pericial, para el cual el Tribunal nombró como Perito a la Señora Economista Magdalena Barón Ferreira, quien se posesionó de su cargo el (25) de abril de 2008.

El dictamen pericial fue entregado dentro del término legal, y por secretaria se corrió traslado del mismo el tres (3) de julio de 2008. El apoderado de la parte convocante presentó escrito solicitando la aclaración y complementación del dictamen el día siete (7) de julio de 2008. Por su parte, el apoderado de la parte convocada también solicitó aclaraciones y complementaciones al dictamen, en la misma fecha.

El treinta (30) de julio de 2008, se corrió traslado de las aclaraciones, complementaciones y correcciones al dictamen entregadas por la perito, término en el cual las partes guardaron silencio.

b) En audiencia del veinticinco (25) de abril de 2008 el Tribunal decretó de oficio un Peritaje Técnico, para el cual se designó al Señor Ingeniero José Fernando Botero, quien se posesionó el seis (6) de mayo de 2008.

Durante el término legal el apoderado de la parte convocante aportó un cuestionario que debía ser resuelto por el señor Botero.

El dictamen pericial fue entregado dentro del término legal, según consta en el Acta No. 32 del ocho (8) de julio de 2008, y se corrió traslado del mismo durante los días 11, 14 y 15 de julio del mismo año. Dentro del término legal, el apoderado de la parte convocada presentó escrito en el que solicitó aclaración y complementación del dictamen.

De las aclaraciones y complementaciones presentadas por el perito se corrió traslado el quince de agosto de 2008, término que transcurrió en silencio de las partes.

## **6. TESTIMONIALES**

Los testimonios decretados por el Tribunal, se practicaron de la siguiente forma:

- El testimonio del señor Luis Fernando Yori Soler, se llevó a cabo el trece (13) de mayo de 2008. La transcripción de su declaración obra a folios 148 a 169 y 192 a 217 del Cuaderno de Pruebas número 11 del expediente.
- En audiencia del quince (15) de mayo de 2008, el Tribunal aceptó el desistimiento de los testimonios de Álvaro Carrillo, Eugenia Pérez, Milton Téllez, John Jairo Arbeláez, Mauricio París, Lincon Chacón, Marco Pastrana, Philip Blest, Verónica Echeverri, Hugo Cascarro, y Julio Torres.
- En audiencias del dieciséis (16) de mayo de 2008, y del veinte (20) de mayo del mismo año se llevó a cabo el testimonio del señor Oscar David Vargas Galindo. La transcripción de su declaración obra a folios 541 a 543 del Cuaderno principal número 1 del expediente.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO DE  
ESTYMA S.A., CONCA Y S.A., ARQUITECTOS E INGENIEROS ASOCIADOS S.A., CONSTRUCTORA INECON-TE LTDA e  
INCOEQUIPOS S.A. Vs. VARGAS VELANDIA LTDA (XIE S.A.)

- En audiencias del veintidós (22) de mayo de 2008, y del tres (3) de junio del mismo años, se llevó a cabo el testimonio del señor John Peter Grossich Vanegas. La transcripción de su declaración obra a folios 541 a 543 del Cuaderno principal número 1 del expediente.
- En la audiencia del tres de junio de 2008, el Tribunal aceptó el desistimiento de los testimonios de Fanklin Proaño, Carlos Alfredo Rodríguez, y del de la señor Edith Martínez.
- En audiencia del cuatro de junio de 2008, el Tribunal aceptó el desistimiento del testimonio de los señores Carlos Ariel Uribe, y Mauricio Navarro.
- El testimonio del señor Antonio Ricardo Postarini, se llevo a cabo en audiencias del diez de junio de 2008, y doce de junio de 2008. La transcripción de su declaración obra a folios 541 a 543 del Cuaderno principal número 1 del expediente.
- En la audiencia del diez de junio de 2008, el Tribunal aceptó el desistimiento del testimonio de Gloria Delgado.
- En audiencia del dieciocho de junio de 2008, y del primero de julio del mismo año se llevó a cabo el testimonio del señor Martín Darío Rendón Betancur. La transcripción de su declaración obra a folios 541 a 543 del Cuaderno principal número 1 del expediente.
- El Tribunal aceptó el desistimiento de las partes de los testimonios de Nancy Smith Suárez, y de María Constanza Duque, en audiencia del dieciocho de junio de 2008.
- En la misma audiencia del dieciocho (18) de junio de 2008, se llevó a cabo el testimonio de la señora Gloria Elena Gómez Gallego. La transcripción de su declaración obra a folios 541 a 543 del Cuaderno principal número 1 del expediente.
- En audiencia del primero de julio de 2008 el Tribunal aceptó el desistimiento de los testimonios de Francisco Aristizábal, Silvia Fuentes y Daniel Tapias.
- El testimonio del señor Edgar David Navarro Soto se recibió en audiencia del ocho (8) de julio de 2008. La transcripción de su declaración obra a folios 541 a 543 del Cuaderno principal número 1 del expediente.
- En audiencia del diez de julio de 2008, se recibió el testimonio del señor Hernando Giraldo Gutiérrez. La transcripción de su declaración obra a folios 541 a 543 del Cuaderno principal número 1 del expediente.

- El Tribunal aceptó el desistimiento del testimonio del señor Carlos Augusto Ramírez, en audiencia del 22 de julio de 2008.
- En audiencia del treinta (30) de julio de 2008 se recibió el testimonio de la doctora María del Pilar Arellano. La transcripción de su declaración obra a folios 541 a 543 del Cuaderno principal número 1 del expediente.
- El testimonio de Girleza Orozco fue desistido, en la audiencia que tuvo lugar el 15 de mayo de 2008, según consta en el Acta número 20 que obra a folios 229 y siguientes del Cuaderno Principal número 2 del expediente.

## **7. EXHIBICIONES DE DOCUMENTOS**

Las exhibiciones decretadas por el Tribunal se realizaron de la siguiente forma:

- En las oficinas del Consorcio Alianza Suba: Se llevó a cabo el veinticinco (25) de abril de 2008, atendió la diligencia el señor Luis Fernando Yori, previamente autorizado por el representante legal del consorcio. Los documentos exhibidos se relacionan en el Acta No. 13. Posteriormente en audiencia del dieciocho de junio de 2008 se ordenó incorporar al expediente los documentos solicitados por las partes.
- En las oficinas de Conca y S.A.: Se llevó a cabo el seis (6) de mayo de 2008, atendieron la diligencia los señores Luis Fernando Carrillo Caicedo, representante legal de la sociedad, y el señor Henry Arévalo, contador de la misma. Los documentos exhibidos se relacionan en el acta No. 14 a folio 177 y siguientes del Cuaderno principal número 2, y se incorporaron al expediente los documentos que de común acuerdo las partes decidieron allegar al proceso.
- En las oficinas de A. I. A. S.A., y Estyma S.A.: En audiencia del seis (6) de mayo de 2008 los apoderados de las partes de común acuerdo manifestaron que tales documentos se pondrían a disposición del Tribunal por parte del apoderado de la parte convocante. En el acta No. 23 quedó constancia de la incorporación al expediente de los documentos, luego de ser aportados por la parte convocante en el término otorgado.
- En las oficinas de Inecon-te: Se llevó a cabo la diligencia el nueve (9) de mayo de 2008, atendieron la diligencia los señores Edgar Portilla Burbano, representante legal de la sociedad, y Carlos Gallo, contador de

la misma. El apoderado de la parte convocada solicitó que se incorporaran al expediente los documentos exhibidos en los puntos número 1, 2ª, y 3 de la diligencia, en setenta y siete folios, a lo cual accedió el Tribunal, y consta en el Acta No. 15 a folio 184 del Cuaderno Principal 2 del expediente.

- En las oficinas de Incoequipos S.A.: Se llevó a cabo la diligencia el nueve (9) de mayo de 2008, atendieron la diligencia la señora Milva Pantoja, contadora de la sociedad, y el doctor Ricardo Antonio Rodríguez, abogado interno de la misma. El apoderado de la parte convocada solicitó que se incorporaran al expediente los documentos exhibidos en los puntos números 1 y 3 de la diligencia, las copias de los estados financieros que se exhibieron en ochenta y siete folios, las copias de las actas de la Junta Directiva y Asamblea General de Accionistas seleccionadas, y adicionalmente, del libro mayor y balances, los registros de diciembre 31 de 2007 y enero 31 de 2008, a lo cual accedió el Tribunal, y consta en el Acta No. 16 del Cuaderno Principal 2 del expediente.
- En las oficinas de Fiduciaria Bancolombia: Se llevó a cabo la diligencia el quince (15) de mayo de 2008, atendieron la diligencia el señor Gustavo Gaviria Trujillo, representante legal de la Fiduciaria, el doctor Javier Angarita, del departamento jurídico de la misma, y la señora Gloria Delgado, Directora de la Fiducia. En dicha diligencia se incorporaron los documentos relacionados en el acta No. 18 del Cuaderno Principal numero 2, y los faltantes fueron incorporados en audiencia del cuatro de junio de 2008.
- En las oficinas de Bancafé: Se llevó a cabo la diligencia el quince (15) de mayo de 2008, atendieron la diligencia el señor Juan Carlos Díaz, ejecutivo de cuenta, y el doctor Germán Santamaría, gerente de zona. En dicha diligencia se incorporaron los documentos relacionados en el acta No. 19 del Cuaderno Principal numero 2, y se ordenó al señor Santamaría allegar el resto de documentos en un plazo de cinco días, término en el cual se remitieron al expediente, tal como consta en el acta No. 23 del veintidós (22) de mayo de 2008.
- En las oficinas de Nexus-Banca de Inversión: Se llevó a cabo la diligencia el quince (15) de mayo de 2008, atendió la diligencia el doctor Juan Felipe Castro, socio de la firma. En dicha diligencia se incorporaron los documentos relacionados en el acta No. 20 del Cuaderno Principal numero 2, y se ordenó al señor Castro allegar el texto de los contratos de mandato otorgados a Nexus en un plazo de cinco días. Los documentos fueron incorporados al expediente tal como consta en el acta No. 24 del tres (3) de junio de 2008.

## **SEGUNDA PARTE**

### **ALEGACIONES DE LAS PARTES Y TÉRMINO PARA FALLAR**

#### **A. ALEGACIONES DE LAS PARTES**

En audiencia del 11 de septiembre de 2008, mediante Auto contenido en el Acta No. 37, se decretó el cierre de la etapa probatoria y, en cumplimiento de lo dispuesto en la Ley y en el Reglamento del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio, se fijó el 22 de octubre de 2008 a las 10:00 para adelantar la audiencia de alegaciones, fecha que luego fue trasladada, a solicitud conjunta de las partes, para el 5 de Noviembre de 2008, según consta en el Acta 38.

En la audiencia de alegaciones finales cumplida el 5 de Noviembre de 2008, en los términos de que trata del artículo 154 del Decreto 1818 de 1998 y el Reglamento del Centro de Arbitraje, las partes expusieron y defendieron cada uno de sus puntos de vista y al final presentaron un resumen de sus alegaciones escritas<sup>1</sup> (Acta No. 39), así:

#### **1. DE LA PARTE CONVOCANTE Y CONVOCADA EN RECONVENCIÓN**

El alegato de conclusión presentado por el apoderado de la Parte Convocante y Convocada en Reconvencción se resume como sigue:

En primer lugar hace un recuento de los hechos con particular énfasis en los acuerdos en los que participaron tanto las sociedades demandantes como la sociedad demandada, siendo tales acuerdos los siguientes: 1) el contrato de colaboración empresarial, de fecha 12 de junio de 2003, por medio del cual las seis empresas (las cinco sociedades demandantes y la demandada) se unieron para licitar, salir adjudicatarios y ejecutar unos contratos de concesión; 2) el Consorcio Alianza Suba Tramo II, con el objeto de presentarse a la licitación por medio de la cual se adjudicaba el Tramo 2 para la adecuación al Sistema Transmilenio de la Avenida Suba. En este consorcio no participaron las sociedades Vargas Velandia S.A. e Incoequipos. 3) El contrato de concesión 146 de 2003 correspondiente al Tramo 2 para la adecuación al Sistema Transmilenio que suscribió el consorcio como adjudicatario 4) el Fideicomiso por virtud del cual se constituyó el Patrimonio Autónomo denominado Alianza

---

<sup>1</sup> Sin perjuicio de lo anterior, las exposiciones de los señores apoderados de las partes fueron grabadas y su transcripción se agregó al Expediente.

Suba Tramo II; 5) La sociedad comercial Constructora Suba S.A., cuyo objeto principal es la ejecución para el Consorcio Alianza Suba Tramo II de las obras necesarias y complementarias del Contrato de Concesión 146-2003; 6) El pacto de solidaridad suscrito entre Consorcio Alianza Suba Tramo II- Vargas Velandia Ltda. e Incoequipos S.A. con Constructora Suba S.A. 7) El contrato de mandato, entre las sociedades Estyma S.A., ConcaV S.A., Arquitectos e Ingenieros Asociados S.A., Constructora Inecon-Te Ltda., Incoequipos S.A. y Vargas Velandia Ltda. -Hoy Xie S.A.- y Constructora Suba S.A. para que ésta última, por cuenta de las primeras, presentara oferta mercantil al Consorcio Alianza Suba Tramo II, para realizar la prestación de los servicios de construcción determinados en el Contrato de Concesión 146 de 2003. 8) Las ofertas presentadas a Constructora Suba S.A. por terceros y por sus mismos mandantes para la ejecución de las obras objeto del Contrato de Concesión 146 de 2003.

A continuación hace un detenido análisis de los contratos coligados o conexos, en el que los define como “aquel conjunto de contratos que cumplen con una finalidad económico-jurídica y por lo tanto se extienden más allá de la individualidad de cada uno de los contratos. Es decir, la finalidad económico-jurídica que persiguen los contratos conexos es su razón de ser y por lo tanto, los distintos contratos, que conservan su autonomía, convergen en busca de un mismo objeto. Los contratos conexos se vuelven un grupo de contratos que deben ser interpretados como un todo y en forma única y no de manera independiente.”

Adicionalmente se refiere a las características de tales contratos entre las que destaca el que no rige para ellos el principio de la relatividad, puesto que “una vez que se cataloga a dos o más contratos como conexos (...) las vicisitudes de uno de esos contratos si afectan al otro contrato conexo.”

Menciona también como otra de sus características el que no necesariamente haya identidad de sujetos no obstante lo cual destaca que “la identidad de sujetos en los diversos contratos si constituye un elemento demostrativo de la vinculación entre ellos, que unido a la demostración de la finalidad común que se persigue con ellos, lleva necesariamente a la conclusión de que se trata de contratos coligados o de la existencia de una “unidad negocial”.

Seguidamente se refiere a los elementos y requisitos de los contratos coligados que se relacionan a continuación: a) La existencia de dos o más contratos; b) La causa de cada uno de estos contratos es precisamente el otro, c) La voluntad de las partes debe ser manifestada claramente en el sentido de relacionar los contratos entre sí, ya sea en forma coordinada o subordinada. d) “Entre los contratos debe darse una interdependencia económica objetiva”,

A continuación se ocupa de los efectos de la coligación de contratos, en relación con lo cual puntualiza que “el efecto principal que tiene los contratos conexos o coligados radica en el hecho de que los vicios que existan en uno de los contratos están llamados a repercutir en alguna medida sobre los demás contratos que conforman el grupo o el coligamiento contractual.”

Agrega que cuando existen contratos vinculados, el cumplimiento o incumplimiento de un contrato se refleja en los demás y son interpretados los unos por medio de los otros, y atribuyéndoles el sentido apropiado al conjunto de la operación y a las causas concretas autónomas y no a cada contrato por separado.

Seguidamente, transcribe un aparte de la jurisprudencia nacional en el cual se reconoce la existencia de contratos conexos o coligados y se hace referencia a sus efectos, los cuales coinciden con los que han sido relacionados antes.

En el acápite siguiente se refiere a las normas sobre interpretación de los contratos contenidas en el Código Civil, entre las cuales destaca la que se refiere a la prevalencia de la voluntad de las partes frente a la expresión literal y agrega que los contratos mercantiles deben interpretarse utilizando además las normas que a este respecto contiene el Código de Comercio, en particular la que hace referencia a que los contratos deben ejecutarse de buena fé.

Y precisamente a la buena fe y su aplicación en el marco contractual, le dedica el apoderado de la parte convocante el siguiente acápite de su alegato, y hace especial referencia al artículo 1603 del Código Civil, que dispone: “Los contratos deben ejecutarse de buena fe y, por consiguiente, obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley pertenece a ella”; así como al artículo 871 del Código de Comercio que establece:

“Los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia, obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos, SINO A TODO LO QUE CORRESPONDA A LA NATURALEZA DE LOS MISMOS, según la ley, la costumbre o la equidad natural.”

También en desarrollo de tal principio, se hace referencia a doctrina reiterada en el sentido de que el alcance de las obligaciones lo determina el entendimiento generalizado o usual, a no ser que las partes le den un alcance diferente, o hagan una salvedad.

A continuación, en el capítulo denominado “LAS UTILIDADES O PÉRDIDAS COMO EFECTOS DE LA UNIDAD NEGOCIAL.” el apoderado de la parte convocante manifiesta que todos los acuerdos celebrados entre las partes constituyen una unidad negocial, de suerte que “visto el NEGOCIO para el cual las seis sociedades se asociaron, en los términos de la o las licitaciones a las cuales se presentaron, era clara que la intención de las partes era participar en un negocio asumiendo, TODOS, los beneficios que el negocio pudiera generar, pero también los riesgos que ello implicaba.”

De acuerdo con lo anterior, el memorialista sostiene que “Es incuestionable que si los contratos antes mencionados son de aquellos denominados como coligados o conexos, conforme se ha explicado en puntos anteriores, el beneficio que pueda obtener cada uno de los partícipes en el ACUERDO por medio del cual se vincularon las partes en este proceso, necesariamente tienen que resultar del pago de todos los gastos y costos necesarios para el desarrollo



y mantenimiento de la concesión, descontados los cuales del total de ingresos, presentes o futuros que tenga el concesionario, se podrá establecer la posible o real utilidad que corresponda a cada partícipe.”

Agrega que el argumento de defensa de la parte demandada está basado en la consideración de que el negocio de la construcción es independiente del encargo fiduciario, de suerte que las pérdidas generadas en el primero no tienen por qué afectar las cuentas del fideicomiso en cuyas utilidades tiene derecho a participar.

Para demostrar su dicho manifiesta que sostener que la utilidad de cada partícipe se derivaba del tramo de la obra que le hubiera sido atribuido carece de fundamento y que tampoco es viable afirmar que el patrimonio autónomo constituye un negocio financiero al cual podía vincularse cualquiera que quisiera derivar una utilidad.

De manera que, expresa, la sociedad demandada no puede sustraerse al pago de los sobre costos de la obra en la parte que le corresponden, argumentando que hubo malos manejos en la misma, pues si ello fuera así, las acciones procedentes son contra los administradores.

Así mismo, manifiesta que el argumento de la demandada en el sentido de que no existe estipulación alguna que la obligue a asumir las pérdidas es infundado, habida consideración del contenido de los diferentes acuerdos celebrados entre las partes, pues de tales acuerdos claramente se colige que los gastos y utilidades serían asumidos por las seis sociedades participantes.

Y agrega que “aún, admitiendo que en el Acuerdo nada se hubiera señalado en relación con los gastos o las pérdidas que hubieran podido darse en el negocio, lo cierto es que, visto el NEGOCIO para el cual las seis sociedades se asociaron, en los términos de la o las licitaciones a las cuales se presentaron, era clara que la intención de las partes era participar en un negocio asumiendo, TODOS, los beneficios que el negocio pudiera generar, pero también los riesgos que ello implicaba.”

De acuerdo con lo anterior, los dineros de la cuenta de excedentes solamente podrán tener el carácter de utilidades repartibles cuando se hayan pagado todos los costos y se liquide definitivamente el contrato.

Finalmente el apoderado de la parte convocante se refiere a las pruebas recaudadas dentro del proceso, con las cuales, en su entender queda demostrado que se presentaron sobre costos en la obra, que Vargas Velandia no tiene registrada en su contabilidad ninguna suma que se adeude a su favor, y que tales sobre costos quedaron debidamente acreditados con los dictámenes periciales elaborados dentro del proceso.

Con fundamento en lo anterior, solicita que se acceda a las pretensiones de la demanda y se desestimen las de la demanda de reconvención.

## **2. DE LA PARTE CONVOCADA Y CONVOCANTE EN RECONVENCIÓN**

El alegato de conclusión del apoderado de la Parte Convocada y Convocante en Reconvencción se resume como sigue:

En primer lugar incluye una relación de los hechos que dieron lugar a la controversia y que en opinión del memorialista se encuentran probados dentro del proceso.

Se refiere entonces a la Licitación Pública para la adecuación del Tramo II de Transmilenio y en particular al Acuerdo celebrado entre las Sociedades que integraron el Grupo Alianza Suba, en el cual se regularon específicamente la participación en los gastos y los flujos de caja libre distribuibles, materias que a su juicio son las de interés para este proceso arbitral.

En su entender, “los suscriptores del Acuerdo, para poder tener derecho a recibir distribuciones del Fideicomiso, deben atender los pagos que se deben hacer contra el Fideicomiso y conforme a lo establecido en el Contrato de Concesión y los documentos de financiación, tal como efectivamente sucedió. Estos pagos son los descritos en la modificación No. 4 al contrato de fiducia y son la cascada de pagos descritos en esta modificación, y han sido asumidos en su totalidad por Vargas Velandia al estar de acuerdo con la ejecución del contrato fiduciario. Una vez las partes asuman estos pagos contra el Fideicomiso, pueden recibir del Fideicomiso las sumas de flujo de caja libre distribuibles en proporciones equivalentes a una sexta parte.”

Y concluye que “Los sobrecostos presentados en la construcción, en forma alguna, son gastos que deben hacerse contra el Fideicomiso como lo pretenden los demandantes.” Pues “De ser así, el Fideicomiso debió ser demandado dentro de esta instancia arbitral.”

Agrega que en el Acuerdo no se previó la posibilidad de que se generaran sobre costos, pues lo único que se acordó fue la forma en que se asumirían los gastos que se generaran en la etapa pre-contractual, tales como “(i) ... los vinculados a la presentación de la propuesta, evaluación y adjudicación de la licitación, (ii) los gastos que se especifican en el anexo 3, que consisten en los pagos de honorarios profesionales a asesores legales, así como la asesoría financiera, (iii) los gastos que se deban hacer para la suscripción y ejecución del contrato de concesión, excluidos a los fondeados con recursos correspondientes a la financiación de la ejecución de las obras y la ejecución de los contratos de concesión, y (iv) los demás que de manera unánime autorice el consejo directivo.”

De manera que, en su opinión, es exclusivamente a tales gastos a los que se refirió el Acuerdo y no a las pérdidas o utilidades a las que se refiere el apoderado de la parte convocante.

Adicionalmente afirma que “El Patrimonio Autónomo fue destinado para la recepción del dinero proveniente del Contrato de Concesión y a su administración, el cual debía ser destinado en primer lugar al pago del crédito sindicado que se obtuvo para financiar la ejecución del Contrato de Concesión. Luego, una vez se atendieran las obligaciones pendientes, los dineros resultantes como flujos de caja libres debían ser distribuidos a los miembros del Grupo Alianza Suba y no como pretenden los demandantes, que se destine para el pago de los supuestos sobre costos en los que incurrió la Constructora Suba.”

Y agrega que “Todos los miembros del Grupo Alianza Suba, incluido Vargas Velandia, son beneficiarios en partes iguales (sextas partes) de la Subcuenta de Excedentes, la cual se nutre, tal como lo indica la cláusula antes transcrita, de los recursos que existen en la Subcuenta Principal y los derivados de la Subcuenta de Colateral Transitoria.”

Afirma además que “se ha obstaculizado sin legitimación legal o contractual” el acceso de Vargas Velandia a los recursos de la Subcuenta de Excedentes, puesto que para disponer de tales recursos en la cláusula 5.3. (b) (1) del Contrato de Fiducia, se previó que era necesario el registro de la firma del Funcionario Autorizado del Grupo Alianza Suba, y la autorización para disponer de los mismos por parte del Funcionario Responsable del Grupo Alianza Suba, “mientras que los demás miembros del Consorcio y la sociedad Incoequipos sí lo han hecho, a tal punto que inclusive mi representado debió interponer una denuncia penal por el delito de constreñimiento ilegal.”

Puntualizó además que “En ninguno de los Contratos o Acuerdos suscritos entre las Partes se previó que los recursos de la Subcuenta de Excedentes deben ser destinados a atender obligaciones resultantes de la construcción, por lo que de una forma ilegítima los demandantes han impedido que Vargas Velandia tenga acceso a los recursos que legítimamente le pertenecen.”

Considera el memorialista que frente a la eventual existencia de pérdidas derivadas de la construcción, de acuerdo con el texto del contrato de mandato suscrito entre las partes, así como con el texto de las ofertas mercantiles presentadas al consorcio, la Constructora Suba estaba obligada a “asumir todos los sobre costos derivados de la ejecución de la oferta, lo cual guarda armonía con la modalidad de remuneración pactada en la oferta presentada por la Constructora Suba, esto es, una suma fija y total, previéndose que la ejecución del contrato de construcción, no afectara el resultado financiero del negocio. Ello evidencia, por lo demás, que las pretensiones de la demanda están dirigidas de una manera errónea, falta de legitimación en la causa, en la medida que las eventuales pérdidas del negocio constructivo no pueden afectar el resultado financiero de la concesión.” (Subrayado y resaltados del texto)

Finaliza este acápite afirmando que las demandantes pretenden obtener un doble pago, al tener por un lado un derecho de crédito contra la Constructora por razón del préstamo hecho a ésta para el pago de los sobre costos de las unidades de obra que ellas mismas ejecutaron, y que la Constructora ya les

pagó; y por el otro, obtener un pago adicional por parte de la demandada, por la vía de presuntos aportes del Acuerdo Interno.

A continuación se refiere a las excepciones formuladas a la demanda en los siguientes términos:

***La inexistente unidad negocial y la ausencia de obligaciones de Vargas Velandia con los convocantes.***

Vargas Velandia no ejecutó la sexta parte de la obra, en tal medida no tiene por qué responder por la sexta parte de los sobre costos, ni mucho menos destinar sus excedentes del contrato de fiducia para tal fin.

En vista de que la parte conovocante pretende derivar de la existencia de una “unidad negocial” el derecho de sus mandantes a recibir de Vargas Velandia el pago de la sexta parte de los sobre costos derivados de la construcción, el apoderado de la parte convocada manifiesta que dentro del proceso no quedó probado que la voluntad de las partes fuera conformar tal unidad negocial con las consecuencias que atribuye la demandante.

A este respecto afirma que no existe ninguna manifestación de voluntad en el sentido anotado y que el alcance de las cláusulas 7.1 y 7.5 del Acuerdo no es el que le pretende dar el apoderado de la parte demandante, pues la primera estipulación simplemente refleja la proporción en la que tendrían derecho a acceder a los beneficios de la concesión administrados por el Fideicomiso, y la segunda se refiere a la participación en los gastos de la etapa precontractual, exclusivamente, de manera que su alcance no se puede extender a los sobre costos de la obra.

En síntesis, considera el memorialista que “No hay conexidad expresa, relevante, directa e inmediata entre todos los negocios, de una manera tal que se pueda sostener, de manera fundada, que el resultado de un negocio dependía de otro, y que las pérdidas o utilidades que resultaran de uno u otro, afectaban el resultado de los demás negocios.”

Cita como fundamento de la anterior afirmación, entre otros, el Acuerdo interno, sección 5, Obligaciones durante la etapa de preconstrucción, etapa de construcción y etapa de mantenimiento, documento en el que las partes establecieron que:

“Durante la etapa de preconstrucción, la etapa de construcción y la etapa de mantenimiento, las partes a través del consejo directivo se obligan a: i.) Distribuir mediante la adjudicación de subcontratos los trabajos de las obras entre las partes (cuyos precios no podrán ser mayores a los precios asignados a las obras según tales valores se detallan en el modelo financiero preparado por el asesor financiero para la estructuración de la financiación que se adjunta como anexo 4) de tal manera que a cada una de las partes le corresponda realizar un sexto (1/6) de todos los trabajos susceptibles de ser subcontratados que conforman las obras.”

De esta manera, en vista de que la demandada no ejecutó la sexta parte de las obras, no debe responder por la sexta parte de los sobrecostos derivados de la construcción, causados en exclusiva por los convocantes, con los dineros que le corresponden por la concesión. Y agrega: “Tal posición contraría la equidad y la lógica propia de cualquier negocio. Si Vargas Velandia, hubiera ejecutado la sexta parte de las obras, pues lógicamente tendría que afrontar la sexta parte de las pérdidas, pero si no lo hizo, obligarla a tal propósito constituiría una pesada carga, pues el negocio hubiera perdido cualquier noción de equilibrio, en la medida que sin haber recibido ingresos correspondientes a la ejecución de la sexta parte de las obras, sí tendría que asumir la sexta parte de las pérdidas. Esa posición, *per se*, es desequilibrada y abusiva.”

A continuación se sostiene que no existe solidaridad entre las partes, que obligue a Vargas Velandia a asumir la sexta parte de las pérdidas que reclama la parte demandante, pues no hay declaración de voluntad ni texto legal que la establezca.

Agrega que “la solidaridad y la unidad comercial tienen como presupuesto y a su vez como nota característica y distintiva la unidad de prestación respecto de la pluralidad de acreedores y deudores. En el presente caso, las relaciones jurídicas y las obligaciones derivadas de la concesión, del contrato de fiducia y de la labor constructiva, son completamente diferentes. En efecto, como todas las relaciones tienen una prestación diversa, es obvio que no existe unidad de prestación que es lo que constituye el presupuesto de la solidaridad.”

Culpa y responsabilidad de los convocantes en la situación de sobrecostos que se presentó en la construcción de las obras. Las presuntas pérdidas sufridas por los convocantes obedecen a sus propias acciones.

En primer lugar expresa el memorialista que no es cierto que las pérdidas se hubieran generado debido a que el presupuesto de la obra fue mal elaborado, puesto que éste fue revisado y aprobado por todos los partícipes.

A continuación se sostiene que las pérdidas se ocasionaron por el desorden administrativo con que se desarrolló la obra, y, particularmente por el conflicto de interés entre los socios de Constructora Suba que fueron subcontratados para adelantar las obras en condiciones más costosas a las consideradas en el presupuesto.

Los cambios en las modalidades de construcción. El descontrol en los gastos, la falta de un control adecuado en el marco de la Constructora Suba; las carencias de información.

En este acápite, el apoderado de la parte convocada y convocante en reconvencción, con apoyo en el testimonio de Martín Rendón, entre otras pruebas, concluye que “otra de las razones para los sobrecostos que presentó la ejecución de las obras, consistió en el pobre sistema de control y presupuesto que se estableció con la llegada del señor Ricardo Postarini a la Constructora Suba, el cual ni siquiera permitía controlar el avance y ejecución

del presupuesto general de la obra de una manera adecuada. Como se demostró en el proceso, una vez asumió las riendas del proyecto, Postarini desechó el anterior presupuesto, proyectó uno nuevo y cambió el modelo de control y gestión, lo cual sin duda se manifestó en la grave situación de sobrecostos que evidenció la obra.”

Para sustentar la afirmación anterior, se cita el dictamen pericial en el que entre otras cosas se afirma: “Resumiendo, en concepto del Perito no se implementaron los mecanismos de contratación ni control que garantizaran una distribución proporcional de beneficios durante la ejecución del Proyecto, a pesar de que ellos se concibieron y acordaron desde la suscripción del Acuerdo Consorcial.” Y agrega “...Con base en lo anterior, aparentemente el costo total del Proyecto según el informe final de presupuesto de mediados del año 2.006 supera en mas \$10.000 (diez mil) millones de pesos el costo total contable al cierre del año 2.006 (diciembre), situación esta que en concepto del Perito no es técnicamente posible.” (Subraya propia del texto del alegato)

Seguidamente se presenta como otra de las causas de los sobrecostos el cambio frecuente en las modalidades de realización de las obras, (administración delegada, precios unitarios y luego subcontratación), sin que tales cambios se reflejaran en la obra ejecutada, ni en la administración de la Constructora, lo que a su juicio refleja que tales cambios no eran estudiados debidamente por quienes los implementaban, se llevaban a cabo en forma improvisada y sin fundamento, lo cual quedó demostrado con lo afirmado en el dictamen pericial.

A continuación se hace referencia al desorden contable en el desarrollo del proyecto y se afirma que “la existencia de las tres contabilidades al interior de la Constructora Suba era una circunstancia ilógica y que se prestaba a confusiones, lo que implica necesariamente una situación en la que no se tiene certeza ni confiabilidad sobre el manejo contable y financiero que se le dio al proyecto. En tal circunstancia, Vargas Velandia (hoy Xie) estaba en todo el derecho de no aceptar los valores que se le presentaban para su pago, pues el valor probatorio de los soportes contables era bastante discutible, como bien lo indicó el experticio.”

También a este respecto se menciona que “las cuentas a favor de compañías vinculadas (los mismos socios) presentaba irregularidades y no se ajustaba con los datos de los libros auxiliares. De ahí que los sobrecostos presentados por la Constructora Suba, y que responden a los supuestos perjuicios en los que incurrieron los convocantes por la ejecución de las obras, no sean aceptados por XIE, pues no existe claridad en cuanto a su cuantía y origen, y por lo demás presentan errores de contabilización.”

De la misma manera se indica que los préstamos de los socios a Constructora Suba no fueron aprobados en forma unánime, como lo exigen los estatutos de la sociedad, pues Vargas Velandia nunca los aprobó de manera que hay carencia casi absoluta de documentos que sustenten la autorización y soporte de tales préstamos.

Reitera que en el dictamen pericial también quedó acreditado que Vargas Velandia no realizó la sexta parte de las obras, mientras que los otros socios derivaron ganancias de ejecución de mayor cantidad de obra, aunque no se hubieran obtenido ofertas de terceros para desarrollar la obra que ejecutaron los otros socios.

Adicionalmente, los pasivos con los socios se contabilizaron en cuentas que no eran las adecuadas, de manera que tales falencias justifican que Vargas Velandia no aceptara los cobros que hacían los otros socios.

En fin, sostiene el memorialista que la suma reclamada como perjuicios por la parte demandante no quedó demostrada dentro del proceso, pues “los dictámenes periciales demuestran que, bajo unas condiciones muy dudosas y discutibles, es la sociedad Constructora Suba S.A, la que registra unas pérdidas y sobrecostos, derivados de lo que fue su ejecución de las ofertas comerciales cursadas al Consorcio Alianza Suba. Pero no existe prueba alguna de que esos perjuicios los hayan sufrido las convocantes, ni que se tenga soporte contable válido, como justificativo de perjuicios causados a las demandantes por parte de XIE S.A. El valor probatorio de la contabilidad de la Constructora Suba no genera mayor confiabilidad y no puede servir como medio de prueba efectivo.”

Así, al no cumplir la contabilidad de las demandantes con los requisitos que exige la ley para ser tenida como prueba, las pretensiones de la demanda no pueden prosperar.

#### ***Falta de legitimación para demandar de las convocantes***

En este acápite, el apoderado de la parte demandada y demandante en reconvencción manifestó que es la Constructora Suba la que ha sufrido las pérdidas cuyo pago se pretende obtener de Vargas Velandia a través de este proceso, de manera que “es obvio que si la Constructora Suba afrontó esas pérdidas, con los dineros que le facilitaron los socios, esa relación sólo los vincula a ellos, y generó un derecho de crédito a favor de los socios y a cargo de la Constructora, que ellos si lo estiman conveniente pueden cobrar a la Constructora Suba, no a XIE quien no contrajo esa obligación.”

Y concluye que “En el presente caso, la parte actora no acreditó los hechos en que basa sus diversas pretensiones y tampoco el monto de los supuestos perjuicios que reclama, de ahí que tan solo mirando este aspecto general, el laudo debe ser absolutorio, tanto más cuando varios de los hechos exceptivos tuvieron una cabal demostración, tal como hasta aquí se ha demostrado.”

Ahora bien, en cuanto a la falta de legitimación por pasiva se afirma que ni bajo el Acuerdo Interno, ni ninguno otro de los documentos suscritos entre las Partes, existe obligación para Vargas Velandia de pagar los préstamos hechos por las sociedades demandantes a la Constructora Suba.

Se reitera que habiéndose pactado en el mandato que Constructora Suba se obligaba a presentar ofertas para adelantar la obra a precio fijo, aquélla

sociedad asumía todo el riesgo de los sobre costos que se llegaran a presentar, riesgo que no podía ser trasladado a los mandantes como se pretende a través de la demanda.

***Existió abuso de posición dominante e imposiciones forzadas por parte de las 5 compañías hacia la convocada.***

Afirma el memorialista que las demandantes no actuaron de buena fe en la ejecución de los contratos celebrados con la demandada e incurrieron en conductas abusivas que relaciona como sigue:

“Otorgamiento de créditos con los mismos socios de la Constructora para saldar las obligaciones existentes con ellos, las cuales no habían sido acreditadas en debida manera.

“Reuniones en las que se discutían temas relacionados con la ejecución de los contratos en las que se excluía la participación de Vargas Velandia, para luego enrostrar decisiones adoptadas por la “mayoría”.

“Ocultamiento de los estados financieros de la Constructora Suba en los que se evidenciaba la necesidad de obtener recursos para soportar los sobrecostos, que ameritaban la concesión de créditos por parte de los socios hacia la Constructora.

“Imposición de las tarifas a pagar a los socios de Constructora Suba por los usos de equipos y reembolsables. Ocultamiento de las causas, soportes y cuantías de los pasivos a cargo de la Constructora Suba con sus socios.

“Considerar que Vargas Velandia era un enemigo del proyecto, y por tanto debía restringírsele la entrega de información, previo análisis de su contenido por parte de los restantes socios.

“Negativa a la entrega de los estados financieros que soporten la asunción de un crédito al interior de Constructora Suba por un valor de diecisiete quinientos millones de pesos (\$17.500.000.000) con los restantes socios de la Constructora.

“Negativa para la entrega de los recursos que legítimamente le pertenecen a XIE y que se encontraban depositados en el Patrimonio autónomo Alianza Suba Tramo II administrada por Fiducolombia, a través de la orden impartida al señor Ricardo Postarini en el seno de la junta directiva de la Constructora Suba del día 5 de octubre de 2006, para que no autorizara el desembolso de esos dineros.”

De la misma manera se afirma que en la interpretación de los contratos celebrados entre las partes, las demandantes no han actuado de buena fe, pues pretenden atribuirles un sentido que nunca tuvieron para derivar obligaciones a cargo de Vargas Velandia.



Adicionalmente se atribuye un abuso del derecho por parte de las convocantes al considerar que “lo que ha existido es una trama contractual dirigida a engañar a la contraparte: primero se hace constar la celebración de una serie de contratos con un alcance y sentido establecidos con total claridad; luego en el curso de la ejecución de los contratos, se cambian las reglas de juego varias veces, sin la anuencia de mi poderdante, y se producen una serie de sobrecostos en los que XIE no tuvo nada que ver; y, como si todo lo anterior fuera poco, finalmente se imponen una serie de persecuciones por parte de los demás socios tendente (Sic) a que Vargas Velandia entregue los beneficios derivados del contrato de concesión para cubrir unos sobrecostos que la Constructora debería asumir, y en cuya causación nada tuvo que ver XIE. La posición más benevolente tendría que aceptar que aquí hay una total ausencia de buena fe contractual.”

***La demanda de reconversión de Vargas Velandia.***

Con la demanda de reconversión se pretende “obtener el desembolso de aquellos dineros que le corresponden como legítimo beneficiario de la sub-cuenta de excedentes y de la sub-cuenta de colateral transitorio adscritos al contrato de fiducia para administración y fuente de pago del contrato de concesión 146 de 2003 celebrado con FiduColombia S.A (Patrimonio Autónomo Alianza Suba Tramo II).”

El argumento para no autorizar la entrega de los recursos a Vargas Velandia ha sido el de que primero se deben atender los sobre costos en los que se ha incurrido para el desarrollo de la obra, sin embargo “el grueso de la cascada de pagos que debía realizar el patrimonio autónomo Alianza Suba Tramo II ha sido saldada, y que los sobrecostos de la obra no estaban destinados como objeto de las obligaciones fiduciarias.”

De otra parte, los otros socios ya dispusieron de los recursos que se encontraban en la sub cuenta de excedentes, al autorizar la titularización para obtener un crédito a favor de la Constructora, destinado a pagarse a ellos mismos.

Se sostiene además que, en vista de que no existe la “unidad negocial” que menciona la parte demandante, cada negocio es independiente de manera que “no hay ningún derecho que le asista a las convocantes para exigir que XIE cubra con su porción de excedentes, los sobrecostos propios de la labor constructiva que desempeñó como mandatario del consorcio Alianza Suba, la Constructora Suba S.A.”

Se reitera que el hecho de que Constructora Suba, hubiera asumido todo el riesgo “implicaba que no se podía presentar reclamaciones al Consorcio, derivadas de sobrecostos en la ejecución de las obras, de manera que si el resto de socios decidió cambiar el esquema y asumir las pérdidas por los sobrecostos que, en últimas, ellos mismos causaron, es una decisión autónoma e independiente de esas compañías que en nada vincula a XIE. Esta decisión de los demás socios, por lo demás, no constituye un derecho legal o contractual a su favor que les permita exigir a XIE el pago de estos aportes. Si

la ejecución de las obras por parte de la Constructora Suba arrojó pérdidas para ella, bajo la modalidad contratada esas pérdidas deben ser asumidas por ella, en exclusiva.”

A continuación se hace referencia a los elementos de la responsabilidad contractual esto es “i) el daño; ii) la existencia de una obligación; iii) el incumplimiento de dicha obligación, y iv) en el nexo causal entre el daño sufrido por el demandante y el incumplimiento de las obligación.”

El daño, se afirma, corresponde los dineros que se encuentran en la cuenta de excedentes del patrimonio autónomo de los que no ha podido disponer Vargas Velandia por no haberlo autorizado las demandantes, junto con sus intereses y rendimientos.

Y el nexo causal se evidencia en que “si se hubiese autorizado la entrega de los dineros a XIE en las oportunidades en las que lo ha solicitado, no se habría causado los perjuicios que hoy se alegan.”

Finalmente se solicita denegar las pretensiones de la demanda y acceder al petitum de la demanda de reconvención.

## **B. TÉRMINO DEL PROCESO**

Mediante Auto proferido en Audiencia celebrada el 10 de febrero de 2009, contenido en el Acta No. 40, el Tribunal señaló el día 11 de Marzo de 2009 a las 2:30 p.m., para cumplir la Audiencia de Fallo.

De acuerdo con el artículo 14 del Reglamento del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, y teniendo en cuenta que la Cláusula compromisorio no contiene una duración del proceso determinada, el proceso arbitral tendría una duración de seis (6) meses a partir de la primera audiencia de trámite, la cual tuvo lugar el día 21 de abril de 2008.

En tales condiciones el término de duración del proceso se extinguiría el 21 de octubre de 2008.

Sin embargo, antes de su vencimiento, en ejercicio de la facultad que le otorga el artículo antes mencionado, mediante Auto contenido en el Acta No. 37 del 11 de septiembre de 2008, el Tribunal decidió ampliar de oficio el término del proceso por seis (6) meses más, de modo que éste vencerá el 21 de abril de 2009.

En estas condiciones, el presente Laudo es proferido dentro del término legal y reglamentario.

## TERCERA PARTE

### PRONUNCIAMIENTO SOBRE LAS EXCEPCIONES PROPUESTAS EN LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA ARBITRAL

Procede el Tribunal a pronunciarse sobre las excepciones de mérito formuladas por el señor apoderado de la parte convocada y convocante en reconvencción. Como atrás se señaló, aquél formuló las siguientes excepciones que pueden clasificarse en dos grupos: El primero, que comprende las excepciones de falta de competencia del Tribunal de Arbitramento, falta de legitimación en la causa por activa y por pasiva y falta de debida integración del contradictorio. El segundo, que comprende las excepciones de culpa de las sociedades convocantes; ausencia de fuente de derecho de carácter legal o contractual que ampare el pedimento de la Convocante bajo las pretensiones de la demanda; divisibilidad del objeto de la obligación; pérdida del Equilibrio financiero en caso que se acepte el concepto de "unidad negocial"; democratización de pérdidas y privatización de utilidades; redistribución de beneficio; contrato no cumplido; imposibilidad de acceder a la reclamación de perjuicios alegada; inexistencia de los perjuicios alegados; falta de prueba sobre la obligación propia que se dice como incumplida por Vargas Velandia; quebrantamiento del Principio de la buena fe contractual y de la teoría de los actos propios; mala fe de los demandantes; y, la genérica.

La palabra excepción, en su natural interpretación gramatical, significa, la acción de exceptuar, y por exceptuar se entiende excluir o no comprender a algo o a alguien; en materia procesal se refiere a la exclusión total o parcial de las pretensiones del actor.

Ya el muy distinguido profesor de la Universidad de Roma, Giuseppe Chiovenda señaló que "la práctica emplea este nombre a cualquiera actividad de defensa del demandado, es decir, a cualquiera instancia con que el demandado pide la *desestimación de la demanda* del actor, cualquiera que sea la razón sobre la cual la instancia se funda"<sup>2</sup>. Empero, dijo, "nuestra ley (refiriéndose a la ley italiana), no conoce un significado técnico especial de *excepción*", mientras que la doctrina francesa le atribuye al Código francés una terminología particular: *défense* que indica la contradicción relativa al derecho del actor, es decir, al *fondo*; y, *exception* que se refiere a las oposiciones relativas a la regularidad de la forma del procedimiento, es decir, al *rito*.

Al decir del maestro Chiovenda, la ley italiana no conocía ni siquiera esa terminología técnica, sino que habla confusamente, en el Código de Procedimiento, de *defensa*, *respuesta*, *contradecir*, *excepciones*; y, el Código Civil hablaba de excepciones, comprendiendo cualquiera contradicción que se refiriera al fondo. [La Ley de Enjuiciamiento Civil, señaló, distingue

---

<sup>2</sup> CHIOVENDA Giuseppe (1936): *Instituciones de Derecho Procesal Civil. Volumen I*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, pp. 363 y ss.

únicamente entre excepciones dilatorias –o procesales– y perentorias– de fondo, o relativas al derecho del actor. Estas últimas forman, sin distinción ulterior –salvo la eventual de reconvención–, el contenido de la contestación del demandado. *Excepciones y contestación* se identifican, pues, en nuestra ley].

En todo caso, el maestro Chiovenda clamó por separar exactamente las distintas cosas que a su juicio estaban confusamente comprendidas en el único nombre de excepciones, por lo que luego de analizar la actividad defensiva del demandado, es decir, las razones en que se funda, señaló que “esta defensa puede tomar tres formas, a que corresponden estos tres significados de excepción, que restringen gradualmente el concepto, y que se pueden representar gráficamente en tres círculos concéntricos:

1. En un sentido general, excepción significa *cualquier medio del que se sirve el demandado para justificar la demanda de desestimación*, y, por lo tanto, también la *simple negación* del fundamento de la demanda actora; también en este sentido general se comprende corrientemente, y a veces por la misma ley las impugnaciones que se refieren a la regularidad del procedimiento.
2. En sentido más estricto comprende toda defensa de fondo que no consista en la simple *negación* del hecho *constitutivo* afirmado por el actor, sino en la contraposición de un *hecho impeditivo o extintivo* que excluya los efectos jurídicos del hecho constitutivo afirmado por el actor, y, por lo tanto, la acción (ejemplos: excepciones de simulación, de pago, de novación).
3. En sentido todavía más estricto, excepción comprende –como veremos– sólo la contraposición al hecho *constitutivo* afirmado por el actor de hechos *impeditivos* o *extintivos* tales que por *sí mismos* no excluyen la acción (tanto, que si son afirmados por el actor, el juez no puede tenerlos en cuenta), pero dan al *demandado* el *poder jurídico* de anular la acción. Ejemplos: excepciones de prescripción, de incapacidad, de dolo, de violencia, de error. Esta última llámase excepción *en sentido propio*, y de ésta nos ocupamos en las observaciones que vienen a continuación”<sup>3</sup>.

Al decir del citado eminente profesor de Roma, “la excepción en sentido propio es, un *contra-derecho*<sup>4</sup> frente a la acción, y precisamente por esto, un derecho de impugnación, es decir, un derecho potestativo dirigido *a la anulación de la acción*. Y se dice que la excepción es un contra-derecho, en el sentido de que es un poder de anulación que se dirige *contra* otro derecho, no ya en el sentido que el demandado, oponiendo la excepción, pida algo más o cosa distinta de la desestimación de la demanda”.

La excepción, decía el maestro Chiovenda, se distingue de los otros derechos de impugnación precisamente porque, como excepción, su eficacia de anulación está limitada a la acción. Mientras los derechos de impugnación tienen una extensión más o menos grande, según la intención que se proponga

<sup>3</sup> Op. Cit. pp. 364 y 365

<sup>4</sup> También así lo concibe COUTERE, Eduardo J. (1981): *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Depalma, Buenos Aires, pp. 89 -119.

el actor, y por regla general se dirigen contra la relación jurídica toda, la excepción tiene, por definición, límites obligados: no puede tener otro efecto que el de anular la acción, es decir, aquella única acción que ha sido propuesta y contra la cual se dirigen, dejando intacta la relación jurídica con todas las otras acciones que pueden derivar de ella en el futuro. Sólo en los casos de relaciones jurídicas particularmente sencillas, que se agotan en un solo derecho y en una sola acción, puede ocurrir que, indirectamente, la eficacia de la excepción se refleje en la vida misma de la relación jurídica. Si ocurre, algunas veces, que, aparentemente, la excepción trasciende la esfera de la acción, es que la excepción ha dejado de ser tal y se ha transformado, por voluntad del demandado, en una acción reconvencional de impugnación.

Ahora bien, como lo señalaba el citado profesor, cualquier defensa, aun la simple negación de la acción, constituye un derecho del demandado, en el sentido de que el demandado tiene derecho a defenderse con todos los medios que están a su alcance. Pero como él mismo lo señalara, la excepción es un derecho en el sentido de que el demandado *tiene derecho a impugnar la acción*, y esto no ocurre sino en casos determinados: Si se paga la deuda o ésta es condonada; si tiene lugar la novación, la confusión, la pérdida de la cosa pedida; si se realiza la condición resolutoria; casos en que la acción desaparece *sin más*. Empero, si por ejemplo, el contrato fue simulado, la acción *no ha nacido*. En estos casos, el juez desestima la demanda, no porque haya querido el demandado proponer la excepción, sino porque la acción *no existe*, y el juez no puede acoger demandas infundadas. Si, por el contrario, se trata de prescripción, de compensación, de retención, de incapacidad, de vicios en el consentimiento, de lesión, etc., etc., el juez, faltando de excepción, debe acoger la demanda; porque la acción, mientras no quiera el demandado valerse de su derecho de impugnarla, existe y la demanda es fundada.

En consecuencia, se puede afirmar que cualquier defensa, aun la simple negación de la acción, constituye un derecho del demandado, en cuanto que, cuenta para ello con todos los medios que estén a su alcance, pero ello no se puede confundir de manera alguna con el derecho que le asiste al demandado de impugnar la acción, finalidad propia y perseguida por la excepción.

Entre nosotros, el profesor Hernando Devis Echandía<sup>5</sup>, señaló que en sentido estricto, por oposición se entiende el ataque o la resistencia del demandado a la pretensión del demandante o a la relación material pretendida, pero en sentido más amplio comprende también las defensas, dirigidas al procedimiento para suspenderlo, mejorarlo a anularlo, o sea la relación jurídica-procesal. A su vez, dijo, la defensa en sentido estricto existe cuando el demandado se limita a negar el derecho pretendido por el actor, o los hechos constitutivos en que éste se apoya, o su exigibilidad o eficacia en ese proceso, en tanto que la excepción existe cuando el demandado alega hechos impositivos del nacimiento del derecho pretendido por el actor, o extintivos o modificativos del mismo, o simplemente dilatorios que impiden que en ese momento y en tal proceso se reconozca la exigibilidad o efectividad del

<sup>5</sup> DEVIS ECHANDIA, Hernando (1981): *Compendio de Derecho Procesal. Tomo I. Teoría General del Proceso*. ABC Bogotá, pp. 245 - 247

derecho, distintos en todos los casos de los hechos que el demandante trae en su demanda en apoyo de su pretensión o que consisten en diferentes modalidades de aquellos hechos, razón por la cual la carga de probarlos corresponde al demandado. A su juicio, el demandado puede fundar su oposición a la demanda en dos clases de razones: la simple negación del derecho del demandante y de los hechos de donde pretende deducirlo, o la afirmación de hechos distintos o de modalidades de los mismos hechos que tienden a destruir, modificar o paralizar sus efectos. Cuando aduce la primera razón se limita a oponer una defensa en sentido estricto; cuando alega la segunda, propone una excepción. Por consiguiente, dice, la excepción no es un contra-derecho material, ni un contra-derecho de acción; ella ataca la pretensión incoada en la demanda y es *una razón de la oposición* que a aquella formula el demandado.

En consecuencia, el profesor Devis Echandia definió la excepción como una especial manera de ejercitar el derecho de contradicción o de defensa en general que le corresponde a todo demandado, y que consiste en oponerse a la demanda para atacar las razones de la pretensión del demandante, mediante razones propias de hecho, que persigan destruirla o modificarla o aplazar sus efectos. No se trata de negar los hechos de la demanda, ni de limitarse a negar el derecho pretendido, sino de darles a aquéllos un sentido y un alcance diferente, lo que equivale a presentarlos con una distinta modalidad, para afirmar consecuencias jurídicas favorables, como la nulidad del título invocado o la prescripción, y por eso se trata de proponer una verdadera excepción.

A su juicio, las excepciones de mérito o fondo son de dos clases, a saber: perentorias y dilatorias. Las perentorias persiguen que se declare la extinción de la obligación cuyo nacimiento no se discute o la inexistencia del derecho pretendido a pesar de su aparente nacimiento y en razón de algún hecho impeditivo, con lo que la pretensión del actor queda destruida para siempre, o su modificación favorable también definitiva; y, las dilatorias excluyen la pretensión como actualmente exigible, en ese proceso o impiden decisión en el fondo y hacen que la sentencia sea inhibitoria, por lo que puede volverse a formular en otro proceso posterior. A su vez, las perentorias se dividen en extintivas e impeditivas, según extingan el derecho o impidan su nacimiento, y modificativas cuando únicamente hacen variar sus efectos. En todo caso, tanto las dilatorias como las perentorias se dirigen contra el fondo de la cuestión debatida, es decir, contra la pretensión, por lo que unas y otras son de mérito.

Las excepciones perentorias son todos los hechos que se dirigen contra lo substancial del litigio, o sea contra las pretensiones del actor, para desconocer el nacimiento de su derecho o la relación jurídica o para afirmar su extinción, o para pedir que se modifique parcialmente.

Desde 1947, el profesor Devis Echandia clasificó las excepciones perentorias de la siguiente manera:

1. *Excepciones perentorias definitivas materiales* que son las que niegan el nacimiento del derecho pretendido por el demandante y el de la obligación

correlativa, o de la relación jurídica pretendida por aquél, y se refieren a hechos en virtud de los cuales los efectos jurídicos perseguidos no se produjeron nunca, a pesar de la realización del acto que normalmente deba originarlos. Son los hechos impeditivos, que impiden que el actor sea el titular del derecho aun cuando se haya probado el acto del cual debía emanar (como las causas de nulidad absoluta consagradas en la ley civil, la falsedad del título o la simulación), o que la relación jurídica haya surgido (como la falta de una solemnidad *ad substantiam actus*). Estas excepciones equivalen a las objeciones de que habla la doctrina y dejan resuelto el punto definitivamente con valor de cosa juzgada.

2. *Excepciones perentorias definitivas procesales.* Son las verdaderas perentorias en doctrina, o sea las que sin negar el nacimiento del derecho pretendido por el actor, persiguen anularlo o extinguirlo definitivamente, o modificarlo también definitivamente, y por ello excluyen para siempre la pretensión, con fuerza de cosa juzgada. Configuran estas excepciones todos los hechos en virtud de los cuales la ley considera que una obligación se extingue (C.C. art. 1625): el pago, la remisión, la novación, la prescripción, la confusión, la transacción, la cosa juzgada, la condición resolutoria, la nulidad relativa del título.

3. *Excepciones dilatorias,* que son los hechos en virtud de los cuales, sin que se niegue el nacimiento del derecho del actor ni se afirme su extinción, paralizan sus efectos para ese proceso únicamente, es decir, impiden que sea actualmente exigible, pero no constituyen cosa juzgada, dejando la facultad de iniciarlo nuevamente cuando la situación se modifique, pero que se dirigen contra el fondo de la cuestión debatida y contra la pretensión del demandante. Es decir, sus efectos son temporales. Ejemplos: el plazo no vencido, la condición no cumplida, la petición de modo indebido que impida resolver en el fondo (por indebida acumulación de pretensiones, o porque sea tan confusa que no pueda interpretarse), la *non adimpleti contractus* o de contrato no cumplido temporalmente.

Igualmente, para el Doctor Hernando Morales Molina, las excepciones son de fondo o de mérito o simplemente excepciones, y excepciones procesales que el Código llama previas. Las primeras atañen al derecho sustancial, las segundas a la forma o procedimiento; las unas conciernen a la pretensión misma, las otras al modo como ésta se hace valer. Ambas pueden ser perentorias y dilatorias<sup>6</sup>.

A juicio del doctor Hernán Fabio López Blanco, así como el demandante tiene el derecho de acción, el demandado tiene el derecho de contradicción que se concreta en la presentación de las excepciones perentorias que le asisten, pues en estricto sentido, dice, sólo éstas tienen carácter de excepción, pues son ellas las que se dirigen a contrarrestar la pretensión presentada por el demandante<sup>7</sup>.

<sup>6</sup> MORALES MOLINA, Hernando (1985): *Curso de Derecho Procesal Civil. Parte General*. Novena Edición, ABC, Bogotá, 1985, pp. 155-156

<sup>7</sup> LOPEZ BLANCO, Hernán Fabio (2005): *Instituciones de Derecho Procesal Colombiano*. Tomo I, Parte General. Dupré Editores, Bogotá, p. 552

Al decir del profesor Hernán Fabio López Blanco, las excepciones perentorias “son las que se oponen a las pretensiones del demandante, bien porque el derecho alegado en que se basan nunca ha existido, o porque habiendo existido en algún momento se presentó una causa que determinó su extinción o, también, cuando no obstante que sigue vigente el derecho, se pretende su exigibilidad en forma prematura por estar pendiente un plazo o una condición”<sup>8</sup>, las cuales agrupa en tres grandes grupos, a saber:

1. *Excepciones perentorias definitivas materiales* que son las que niegan el nacimiento del derecho base de la pretensión, o aceptando en alguna época su existencia se afirma su extinción, como sería el caso de la nulidad absoluta del contrato, el pago, la prescripción, en fin cualquiera de los medios típicos y atípicos de extinción de las obligaciones.
2. *Excepciones perentorias temporales*, en las cuales el derecho pretendido existe, no se ha presentado ninguna causa que lo extinga, pero se pretende su efectividad antes de la oportunidad debida para hacerlo, como cuando se demanda el cumplimiento de una obligación estando aún pendiente el plazo pactado o sin cumplirse la condición estipulada.
3. *Excepciones perentorias de raigambre netamente procesal* cuando no existe legitimación en la causa respecto de cualquiera de las partes como sucede, por ejemplo, si quien demanda no está asistido por el derecho sustancial o cuando estándolo la dirige contra quien no es el obligado, hipótesis que es diversa de las dos anteriores pues las primeras parten de la base de que la relación jurídico material se dio entre las partes, mientras que en la última jamás ha existido.<sup>9</sup>

La Corte Suprema de Justicia reiteradamente ha señalado que, en cuanto a las excepciones, ellas más que una denominación jurídica son hechos que debe concretar el opositor, para que la contraparte con un debate legal sepa cuáles contrapruebas ha de presentar y de qué modo ha de organizar la defensa. En consecuencia, como también reiteradamente lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia, cuando el demandado dice que excepciona, pero limitándose a denominar más o menos caprichosamente la presunta excepción, sin traer al debate hechos que le den sentido y contenido a esa denominación, no está en realidad oponiendo excepción alguna, o planteando una contrapretensión, ni por lo mismo colocando al juez o tribunal en la obligación de hacer pronunciamiento alguno al respecto.

De conformidad con todo lo anteriormente expuesto, tenemos que las denominadas “EXCEPCIONES” formuladas por la parte convocada al contestar la demanda y que hemos clasificado en dos grupos tienen distinto tratamiento: Las del primer grupo pertenecen a las que en nuestra legislación y doctrina corresponden a una excepción como tal, de mérito, y las del segundo grupo pertenecen a las que en nuestra legislación y doctrina se conocen como unas

---

<sup>8</sup> Ibíd.

<sup>9</sup> Ibíd.



simples negaciones, las cuales no tienen, y en tal virtud no se les puede reconocer, la potencialidad de desestimar o enervar pretensión alguna de las formuladas en la demanda presentada por las Sociedades demandantes.

En consecuencia, el Tribunal procederá a examinar las “EXCEPCIONES”, así: En esta parte del Laudo, se pronunciará sobre las excepciones de falta de competencia del Tribunal de Arbitramento, falta de legitimación en la causa por activa y por pasiva y, falta de debida integración del contradictorio.

Al analizar y resolver las Pretensiones de la demanda arbitral, lo que hará en una parte posterior, el Tribunal se pronunciará sobre las demás “EXCEPCIONES” que en realidad tienen el carácter de oposiciones pero a las cuales la Sociedad convocada les quiso dar el alcance y los efectos de excepciones de mérito, aunque desde el punto de vista finalístico, no constituyen excepciones previas, porque no están encaminadas a corregir el proceso -que por lo demás no proceden en el trámite arbitral-, ni de mérito propiamente dichas porque, de manera alguna, tienen la potencialidad de enervar las pretensiones formuladas por las Sociedades demandantes. Por su puesto que esta actividad hace parte de los actos del demandado, que expresan el poder jurídico de resistencia u oposición a las pretensiones del actor planteadas en la demanda, las cuales se explican en razón a que nuestro proceso civil está estructurado con base en el derecho de contradicción o de defensa.

#### **A. PRONUNCIAMIENTO SOBRE LA EXCEPCIÓN DE FALTA DE COMPETENCIA DEL TRIBUNAL**

En acatamiento de lo dispuesto por las partes y en cumplimiento del Reglamento del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, en Auto del 15 de agosto de 2008 (Acta No. 4), el Tribunal se pronunció sobre su propia competencia con base únicamente en la solicitud de convocatoria, en la demanda en ella contenida y en sus anexos, no obstante no haberse trabado entonces la litis procesal, puesto que hasta ese momento no se había admitido la demanda, no se había corrido traslado a la convocada y por lo mismo ella no había sido contestada en ejercicio de los derechos constitucionales de defensa, contradicción, audiencia y en general del debido proceso.

Empero, consta en el expediente que desde su vinculación al trámite arbitral, la parte convocada propuso en distintas oportunidades procesales la falta de competencia del Tribunal para dirimir la controversia planteada. Bajo esas consideraciones, la parte convocada interpuso recurso de reposición contra el auto mediante el cual el Tribunal asumió competencia, propuso luego excepción de mérito con el mismo fundamento en la contestación de la demanda y lo reiteró en los alegatos de conclusión.

En lo que se relaciona la excepción contenida en el escrito de contestación de la demanda arbitral, el Señor Apoderado de la Sociedad Convocada señaló lo siguiente:

"Esta excepción se soporta en la falta de competencia del Tribunal, de decidir el asunto sometido a su conocimiento, fundamentado en lo siguiente:

- En este punto se nota nuevamente la mala fe de la parte actora, pues no transcribe la integridad de la cláusula compromisoria, cuya presentación parcial, parecería otorgarle facultades al Tribunal de Arbitramento. Para disipar cualquier duda sobre el particular se transcribe la primera parte de la cláusula compromisoria, la cual fue omitida en forma temeraria por el apoderado de la parte convocante en la demanda arbitral:

"Salvo por el cobro de las sumas que cualquiera de las Partes llegue a adeudar a las demás Partes, las cuales se podrá cobrar ejecutivamente, cualquier otra diferencia o disputa que surgiera entre el (sic) entre las Partes, será resuelta mediante arreglo directo entre las Partes en disputa. Si el arreglo directo no fuere posible, o, cualquiera de las Partes involucradas en la disputa, no estuviere en disposición de arreglar directamente tales diferencias o disputas, cualquiera de ellas podrá convocar un Tribunal de Arbitramento para que decida y resuelva la diferencia o disputa. El Tribunal de Arbitramento se sujetará (...)" (Subrayado y negrillas fuera de texto)

- En el caso en estudio, en forma acomodaticia, la Parte Convocante pretende hacer ver al Tribunal que el mismo resolverá una disputa diferente al "cobro de sumas de dinero que se lleguen a adeudar entre las Partes", más sin embargo, de la demanda arbitral se evidencia del verdadero objeto que se persigue con la demanda más allá de crear la figura de la "unidad negocial" está constituida por el pago de \$5.710.820.802,00, que alegan los actores deben ser cancelados por Vargas Velandia (Hecho 27 - Pretensión 5 y 6, 7 y 8). Se trata pues de cobro de sumas de dinero sobre cuya discusión las Partes no habilitaron a la justicia arbitral para su discusión.

En numerosas oportunidades, la Corte Constitucional ha analizado la naturaleza, posibilidades y límites del arbitramento dentro de nuestro ordenamiento constitucional.

Así las cosas, la jurisprudencia ha determinado que, conforme a la Constitución Política (artículo 116), el arbitramento "es un mecanismo jurídico en virtud del cual las partes en conflicto deciden someter sus diferencias a la decisión de un tercero, aceptando anticipadamente sujetarse a lo que allí se adopte".

Mecanismo que tiene ciertas características básicas:

- (i) es uno de los instrumentos autorizados para que los particulares puedan administrar justicia;
- (ii) está regido por el principio de habilitación o voluntariedad, pues el desplazamiento de la justicia estatal por el arbitramento tiene como fundamento "un acuerdo previo de carácter voluntario y libre efectuado por los contratantes"<sup>10</sup>.
- (iii) es temporal, pues la competencia de los árbitros está restringida al asunto que las partes le plantean.
- (iv) es de naturaleza excepcional pues la Constitución impone límites materiales a la figura, de suerte que no todo "problema jurídico puede ser objeto de un laudo", ya que "es claro que existen bienes jurídicos cuya disposición no puede dejarse al arbitrio de un particular, así haya sido voluntariamente designado por las partes enfrentadas".

<sup>10</sup> Sentencia C-060 de 2001

(v) la voluntariedad del arbitramento no excluye que la ley regule la materia, pues el arbitramento es un verdadero proceso, a pesar de que sea decidido por particulares, y por ello está sujeto a ciertas regulaciones legales, en especial para asegurar el respeto al debido proceso<sup>11</sup>.

- En el caso en estudio, la habilitación de la cual estaría revestida el Tribunal, se encuentra supeditada a que se trate de **materias distintas al cobro de sumas de dinero**, pues en estas las partes decidieron dejar su conocimiento a la jurisdicción ordinaria.

- Adicionalmente, y aún en caso que lo pretendido en este pleito fuese la decisión de asuntos distintos al cobro de suma de dinero, tampoco sería competente el Tribunal, en la medida que no se ha agotado la etapa de arreglo directo, pues las controversias que han discutido las Partes, inclusive ante un Centro de Conciliación, fue sobre la efectividad de los derechos de Vargas Velandia en su calidad de beneficiario de una sexta parte de los dineros que resulten en la Subcuenta de Excedentes del Patrimonio Autónomo a que se refiere el Contrato de Fiducia. Nunca, léase bien, nunca se había siquiera mencionado la novedosa teoría de la *"unidad negocial"*.

Procede el Tribunal a resolver la excepción planteada por la parte convocada, con lo cual se da cumplimiento, además, a lo resuelto por el mismo al resolver el recurso de reposición interpuesto contra el auto mediante el cual se asumió competencia, en el cual se dispuso hacerlo al momento de decidir el fondo del proceso.

Ahora, el Tribunal señala que de conformidad con lo previsto en el artículo 116 de la Constitución Política, el Decreto ley 2651 de 1991, la Ley 270 Estatutaria de la Administración de Justicia sancionada en 1996, la Ley 446 sancionada en 1998 y la jurisprudencia de la Corte Constitucional especialmente contenida en las Sentencias C-042 de 1992, C-059 y C-226 de 1993, C-247 de 1994, C-294, SU-342 y C-451 de 1995, C-037 de 1996, C-242 de 1997, C-160, C-163 y C-642 de 1999, SU-091, C-330 y C-1436 de 2000, C-060 y C-098 de 2001 y C-1038 de 2002, es competente para conocer de las controversias sometidas a su consideración.

En primer lugar, las personas jurídicas convocantes -todas de naturaleza privada- y la sociedad convocada -también de naturaleza privada-, están facultadas para acudir al arbitraje como mecanismo judicial de solución de las controversias surgidas en el desarrollo de la actividad contractual y por lo tanto acordaron el pacto arbitral.

Como la eficacia del pacto arbitral, en sus expresiones del compromiso y de la cláusula compromisoria, presupone además de la capacidad de las partes, la legitimación dispositiva e idoneidad del objeto, un "conflicto de carácter transigible", "presente y determinado" o de una o varias "diferencias", actuales, en el compromiso o "eventuales" en la compromisoria, o sea, una diferencia a propósito de una relación o situación jurídica, el Tribunal señala que en el presente caso, las pretensiones de la demanda arbitral y sus excepciones, lo mismo que las pretensiones de la demanda de reconvención y su oposición, que ahora ocupan su atención, son todas de contenido particular, específico y

<sup>11</sup> Sentencia C- 1038 de 2002

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO DE  
ESTYMA S.A., CONCAY S.A., ARQUITECTOS E INGENIEROS ASOCIADOS S.A., CONSTRUCTORA INECON-TE LTDA e  
INCOEQUIPOS S.A. Vs. VARGAS VELANDIA LTDA (XIE S.A.)

concreto, de naturaleza patrimonial, económica y susceptibles de transacción y disposición entre sujetos plenamente capaces y, por ende, de “pacto arbitral”.

Además, en el caso sub judice, existió la decisión conjunta de las partes de someter al conocimiento de la justicia arbitral la controversia que ocupa la atención de este Tribunal, lo cual se concretó con la convocatoria del Tribunal y la presentación de la demanda arbitral, por una parte y, por la otra, con la contestación de la demanda y la formulación de las excepciones de mérito propuestas, para que tanto pretensiones como oposiciones y excepciones sean resueltas de manera definitiva mediante el Laudo arbitral.

Confrontadas nuevamente las controversias planteadas en los escritos de solicitud de convocatoria, en la demanda arbitral y su contestación y excepciones perentorias y su respectiva replica, en la demanda de reconvencción y su contestación, el Tribunal las encuentra comprendidas en la Cláusula Compromisoria contenida en el Acuerdo celebrado entre las Sociedades ESTYMA S.A., CONCAY S.A., ARQUITECTOS E INGENIEROS ASOCIADOS S.A., CONSTRUCTORA INECON-TE LTDA e INCOEQUIPOS S.A., y VARGAS VELANDIA LTDA., el 12 de junio de 2003, porque conciernen al mismo, son todas de naturaleza patrimonial o económica y de contenido particular y concreto respecto de una relación jurídica contractual específica y, por ende, son susceptibles de disposición y transacción.

En ese orden de ideas, la Cláusula Compromisoria, no deja espacio para la duda, que impida concluir que ésta resulta omnicomprendiva, sobre cualquier diferencia o disputa entre ellas de modo que no excluye ninguna de las materias que también son del resorte de la justicia arbitral.

De este modo, no existe reparo en cuanto a la competencia del Tribunal para conocer de ninguna de las reclamaciones, puesto que dentro del marco de las pretensiones propuestas en la demanda arbitral, todas están referidas a presuntos incumplimientos del Acuerdo. Se trata, en suma, de diferencias transigibles, planteadas en la esfera de la ejecución del Contrato, susceptibles de ser resueltas por la vía arbitral.

En conclusión, para el Tribunal de Arbitramento es claro que su competencia en el presente caso se ajusta íntegramente a los límites materiales previstos tanto en el artículo 116 de la Constitución Política y en el artículo 13 de la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia y en el artículo 111 de la Ley 446 de 1998, en los precisos términos señalados por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, así como en la Cláusula Compromisoria contenida en el Acuerdo celebrado entre las Sociedades ESTYMA S.A., CONCAY S.A., ARQUITECTOS E INGENIEROS ASOCIADOS S.A., CONSTRUCTORA INECON-TE LTDA e INCOEQUIPOS S.A., y VARGAS VELANDIA LTDA., el 12 de Junio de 2003.

Con fundamento en lo anteriormente expuesto, la decisión conjunta de las partes de someter al conocimiento de la justicia arbitral la presente controversia y el fundamento central comprendido por este tipo de justicia,

cuyo basamento constituye una expresión de la jurisdicción del Estado, encuentra reconocimiento y legitimidad constitucional, y por su virtud le confiere transitoriamente la función pública de administrar justicia a sujetos habilitados por las partes y el ordenamiento jurídico, según el artículo 116 de la Constitución Política a cuyo tenor:

“Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia, en la condición de conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley.”

Los árbitros investidos de la función de administrar justicia, por mandato constitucional, en el ejercicio de su actividad integran la jurisdicción del Estado, ostentan para el caso concreto el carácter de juzgadores, están sujetos a idénticos deberes y responsabilidades y como verdaderos jueces con iurisdictio, profieren providencias judiciales, autos de trámite, interlocutorios y una sentencia denominada Laudo Arbitral.

En efecto, si bien es cierto que la cláusula compromisoria establece que el cobro de sumas de dinero que cualquiera de las partes llegue a adeudar a las demás partes, se podrán reclamar ejecutivamente, ello no excluye al Tribunal para conocer del presente asunto, por las siguientes razones:

La redacción de la cláusula, da a entender que las Partes acordaron someter sus diferencias a un Tribunal de Arbitramento. No obstante, también acordaron que podían en todo caso someter a la jurisdicción ordinaria aquellos conflictos relacionados única y exclusivamente con el cobro de sumas de dinero.

El artículo 488 del Código de Procedimiento civil, señala expresamente que documentos pueden demandarse ejecutivamente, así:

“Pueden demandarse ejecutivamente las obligaciones expresas, claras y exigibles que consten en documentos que provengan del deudor o de su causante y constituyan plena prueba contra él, o las que emanen de una sentencia de condena proferida por juez o tribunal de cualquier jurisdicción, o de otra providencia judicial que tenga fuerza ejecutiva conforme a la ley, o de las providencias que en procesos contencioso - administrativos o de policía aprueben liquidación de costas o señalen honorarios de auxiliares de la justicia. La confesión hecha en el curso de un proceso no constituye título ejecutivo, pero sí la que conste en el interrogatorio previsto en el artículo 294”.

De la revisión de los hechos y pretensiones de la demanda principal y del Acuerdo interno de fecha 12 de junio de 2003 suscrito entre las partes involucradas en este proceso, el Tribunal ha concluido que no existe título ejecutivo para que la parte Convocante pueda demandar ejecutivamente a la Convocada. De no ser así, el camino sería mucho más sencillo y probablemente este proceso no se hubiera iniciado.

Las pretensiones de la demanda principal están orientadas a que se declare que existió una unidad negocial en virtud de todos los documentos celebrados entre las partes y en la ejecución de un proyecto en común, con base en lo cual se pide además el pago de unas sumas de dinero como reembolso de unos créditos y unas obligaciones contraídas por las partes.

Es decir, el asunto no se limita a obligar a la parte demandada a pagar unas sumas de dinero, por cuanto no existe el título ejecutivo para hacerlo. Por el contrario con el trámite de este proceso se busca constituir un título ejecutivo contra el demandado, que permita recaudar las sumas de dinero que la Convocante estima que se le adeudan.

Así lo reconoce la parte convocada en la contestación de la demanda al afirmar que *"En este caso quien demanda no tiene la aptitud o capacidad para exigir obligación que se reclama como incumplida, en la medida que los demandantes no son acreedores de Vargas Velandia Ltda. Pues carecen de título legal o contractual para solicitar el pago de dineros que se lleguen a reportar como pérdidas..." (La subraya es ajena al texto).*

Por lo tanto, es evidente que no existe título ejecutivo y que mediante este proceso no se busca el cobro de sumas de dinero, sino la declaración de ciertas circunstancias que pueden o no dar origen a declaraciones y condenas sobre determinadas sumas de dinero, lo cual es distinto del cobro de sumas de dinero mediante el trámite del proceso ejecutivo.

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal considera que sí existe una cláusula compromisoria expresa, tal como se desprende del análisis de la cláusula compromisoria antes expuesto, que le otorga competencia para decidir el litigio planteado, y por ello declarará infundada la excepción de falta de competencia propuesta por la parte convocada.

## **B. PRONUNCIAMIENTO SOBRE LA FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR ACTIVA Y POR PASIVA**

En su escrito de contestación de la demanda arbitral, el Señor Apoderado de la Sociedad Convocada señaló lo siguiente:

"La legitimación material en la causa, tanto por activa como por pasiva, es una condición anterior y necesaria entre otras, para dictar sentencia de mérito favorable, al demandante o demandado, respectivamente.

En este caso, quién demanda no tiene la aptitud o capacidad para exigir obligación que se reclama como incumplida, en la medida que los ddemandantes no son acreedores de Vargas Velandia Ltda., pues carecen de título legal o contractual para solicitar el pago de dineros que se lleguen a reportar como pérdidas en la ejecución de las ofertas mercantiles ni Vargas Velandia está llamado a responder por el cumplimiento de la obligación que se demanda como incumplida.

Las mal denominadas 'pérdidas' que en realidad corresponde al concepto de sobre-costos, a pesar que deberían estar reflejadas en el estado de pérdidas y ganancias de la Constructora Suba -pero que en un inusual afán de pagarle a los socios de la Constructora en su calidad de Contratista hizo que las pérdidas reales no se vieran reflejadas en la Constructora-, se encuentran al interior de las ofertas de construcción que Constructora Suba presentó al Consorcio y al Patrimonio Autónomo, y en tal sentido, los demandantes son los llamados a responder por dichas pérdidas, en la medida que fueron los causantes de dichos sobre-costos en la ejecución de las respectivas obras, y el Patrimonio Autónomo como aceptante de la oferta mercantil.

Es así como, los socios de Constructora Suba, -con excepción de Vargas Velandia-, y quienes fueron subcontratistas de la Constructora y dieron lugar a los sobre-costos que se presentaron, supuestamente entregaron unos recursos a Constructora Suba para conjurar unas "pérdidas" que se presentaron en la ejecución de las ofertas mercantiles, en violación de lo dispuesto en la oferta mercantil en donde efectivamente se incorporó como una obligación de Constructora Suba asumir todos los sobre costos derivados de la ejecución de la oferta (Sección 12 de la oferta mercantil presentada por Constructora Suba al Consorcio Alianza Suba Tramo II y al Patrimonio Autónomo), lo cual guarda armonía con la modalidad de remuneración pactada en la oferta presentada por la Constructora Suba, esto es, una suma fija y total (Sección 9 de la oferta mercantil de construcción del 13 de enero de 2004) previéndose que la ejecución del contrato de construcción, no afectara el resultado financiero del negocio. Estos dinero que supuestamente entregaron los demandantes a Constructora Suba, fueron entregados por esta sociedad a los mismos demandantes, en su calidad de sub-contratistas de la Constructora.

Los demandantes argumentan ser acreedores de Vargas Velandia, pero nos preguntamos una vez más, bajo qué título? No fueron ellos los causantes de los sobre-costos de las obras, que hoy disfrazan bajo la denominación de "pérdida"? No olvidan que los suscribientes del Acuerdo Interno expresamente convinieron en el literal "c" de la sección 4 del Acuerdo que *"Las Partes no tendrán responsabilidad alguna, ni directa indirecta o subsidiariamente, ya sea a título de deudores, garantes o avalistas, por el pago de capital e intereses de la financiación que se conceda para realizar las obras y la ejecución de los Contratos de Concesión"*.

Acreedor es aquél a quien el deudor le debe alguna cosa, ya sea en especie o en dinero, sobre la base de la existencia de un título legal o contractual. En el caso en estudio, no existe ninguna razón legal o contractual que haga responsable a Vargas Velandia de responder dinerariamente por los sobre-costos en los cuales incluyeron los socios de Constructora Suba en la ejecución del Contrato, cuando actuaba en su calidad de sub-contratistas de la Constructora, mucho menos cuando el actual deudor de los dineros reclamados es la Constructora Suba S.A.

Procede el Tribunal a resolver la excepción planteada por la parte convocada.

Las sociedades ESTYMA S.A., CONCA Y S.A., ARQUITECTOS E INGENIEROS ASOCIADOS S.A., CONSTRUCTORA INECON-TE LTDA e INCOEQUIPOS S.A., presentaron ante la Cámara de Comercio de Bogotá, solicitud de convocatoria del Tribunal de Arbitramento frente a la Sociedad Vargas Velandia Ltda. (hoy

XIE S.A.), para dirimir sus diferencias con ocasión de la ejecución y cumplimiento del **ACUERDO** de fecha 12 de junio de 2003, suscrito entre todas ellas, para la presentación de propuesta dentro de la Licitación N° IDU-LP-DTC-001-2003, y ejecución de las obras derivadas del Contrato de Concesión N° 146 de 2003, celebrado entre el IDU y el Consorcio Alianza Suba Tramo II.

Las pretensiones formuladas en la demanda arbitral contra la Sociedad VARGAS VELANDIA LTDA (hoy XIE S.A.), están relacionadas y se derivan **TODAS** del **ACUERDO** suscrito el 12 de junio de 2003, pues las primeras buscan declaraciones sobre el alcance de los convenios pactados y la unidad negocial derivada del mismo frente a una serie de convenios y contratos suscritos con el objeto de cumplir el objetivo inicial previsto por las partes y, las demás pretenden obtener unas condenas a partir de la declaratoria del incumplimiento del Acuerdo.

En efecto, como se señaló anteriormente, las pretensiones de la demanda principal están orientadas a que se declare que existió una unidad negocial en virtud de todos los documentos otorgados o los contratos celebrados entre las partes y en la ejecución de un proyecto en común, con base en lo cual se pide además el pago de unas sumas de dinero como reembolso de unos créditos y unas obligaciones contraídas por las partes.

Por lo tanto, mediante este proceso se busca- una vez se hiciera la verificación de la ocurrencia o no de los hechos, del examen de los mismos y sus consecuencias o efectos-, la declaración de ciertas circunstancias que podrían o no dar origen a otras declaraciones y condenas sobre determinadas sumas de dinero a cargo de una de las partes y a favor de la otra en tanto y en cuanto exista una causa para ello.

En eso consiste la controversia y ella debe decidirse de fondo luego de examinar el contenido de cada uno de los documentos otorgados o los contratos celebrados para determinar si existe o no una obligación, a cargo y a favor de quién y cómo debe ser ella cumplida.

Examinadas las obligaciones previstas en el Acuerdo suscrito entre las partes el 12 de junio de 2003, el Contrato de Fidecomiso al cual todas ellas concurren el 29 de septiembre de 2003, el Contrato por virtud del cual todas ellas constituyeron la Constructora Suba S.A., el Contrato de Mandato celebrado con ésta y el Pacto de Solidaridad también suscrito por tales Sociedades y confrontadas con las pretensiones de la demanda arbitral y los hechos que les sirven de causa, el Tribunal considera que sin perjuicio de los presupuestos materiales de la decisión, si existe legitimación por activa para plantear la controversia que le ha sido sometida al examen y decisión del Tribunal y para resolverla en relación con la Sociedad convocada, por lo cual, al cumplirse los presupuestos formales de la acción, también declarará infundada la excepción de falta de legitimación por activa y por pasiva.



### **C. PRONUNCIAMIENTO SOBRE FALTA DE DEBIDA INTEGRACIÓN DEL CONTRADICTORIO**

Consta también en el Expediente que desde su vinculación al trámite arbitral, la parte convocada propuso la integración del contradictorio para trabar la litis y resolver la controversia con todos los señalados por ella. Bajo esas consideraciones, la parte convocada interpuso recurso de reposición contra el auto mediante el cual el Tribunal admitió la demanda arbitral, propuso luego excepción de mérito con el mismo fundamento en la contestación de la demanda y posteriormente solicitó el llamamiento en garantía.

En lo que se relaciona la excepción contenida en el escrito de contestación de la demanda arbitral, el Señor Apoderado de la Sociedad Convocada señaló lo siguiente:

“Cuando con la decisión que se va a tomar en el fallo se pueden ver afectadas personas diferentes al demandado, corresponde al juez integrar el litisconsorcio necesario y citarlas para que comparezcan al proceso.

En punto al litisconsorcio necesario expresa el Código de Procedimiento Civil:

‘Artículo 83. **Litisconsorcio necesario e integración del contradictorio.**

*‘Cuando el proceso verse sobre relaciones o actos jurídicos respecto de los cuales, por su naturaleza o por disposición legal, no fuere posible resolver de mérito sin la comparecencia de las personas que sean sujetos de tales relaciones o que intervinieron en dichos actos, la demanda deberá formularse por todas o dirigirse contra todas; si no se hiciere así, el juez, en el auto que la admite, ordenará dar traslado de ésta a quien falten para integrar el contradictorio, en la forma y con el término de comparecencia disponible para el demandado’.*

La jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre el particular ha sostenido:

*‘Habrá casos en que el pronunciamiento judicial al cual tiende el ejercicio de la correspondiente pretensión procesal, por su naturaleza o por disposición legal, no puede adoptarse sin que concurran al proceso todas las personas que son titulares de las relaciones jurídicas o han intervenido en los actos sobre los cuales versa la controversia. La necesidad de un pronunciamiento uniforme y con efectos concretos sobre la totalidad de dichos sujetos impone su concurrencia al respectivo proceso. En estos eventos el juez no puede proveer sobre la demanda y decidir sobre la pretensión sin que todos los sujetos activos y pasivos de la relación procesal hayan sido citados e intervengan en el proceso. La necesidad de la participación de dichos sujetos se torna en algo que es consustancial con el principio de la integración del contradictorio. La omisión de la integración del litisconsorcio, conllevó una flagrante violación del derecho al debido proceso. La falta de integración de litisconsorcio también significó un desconocimiento de principios esenciales del ordenamiento constitucional, como son: la justicia, la vigencia de un orden justo, y la eficiencia y la eficacia de las decisiones judiciales... (Cfr. Corte Constitucional. Sala Segunda de revisión. Sentencia T-056 del 6 de febrero de 1997. M.P.: Antonio Barrera Carbonell).*

*‘...se está ante un litisconsorcio necesario, que debe integrarse: a) al momento de formular la demanda, dirigiéndola contra todos los litisconsortes; b) si así no se hiciere, el juez, en el auto que admite la demanda, ordenará dar traslado de ésta a quienes falten para integrar el contradictorio; c) en caso de no haberse ordenado el traslado al admitirse la demanda, el juez*

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO DE  
ESTYMA S.A., CONCA Y S.A., ARQUITECTOS E INGENIEROS ASOCIADOS S.A., CONSTRUCTORA INECON-TE LTDA e  
INCOEQUIPOS S.A. Vs. VARGAS VELANDIA LTDA (XIE S.A.)

---

*dispondrá la citación de los litisconsortes, de oficio o a petición de parte, mientras no se haya dictado sentencia de primera instancia'. (Cfr. Corte Constitucional. Sala Tercera de Revisión. Sentencia T-289 del 5 de julio de 1995 M.P.: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz).*

En el caso en estudio, no es posible adoptarse una decisión de fondo sin que sean citados y concurran al proceso, todas las personas titulares de las relaciones jurídicas sobre las cuales versa la controversia, como serían los siguientes actores:

- (i) Constructora Suba, por ser quien generó sobrecostos en un contrato pactado bajo la modalidad de precio y plazo fijo y es la actual deudora de los dineros reclamados por las demandantes;
- (ii) Instituto de Desarrollo Urbano y Transmilenio, en su condición de contratantes de la obra pública concesionada, respecto de la cual se alega la generación de sobrecostos;
- (iii) El Patrimonio Autónomo Alianza Suba Tramo II, como aceptante de la oferta comercial de la Constructora Suba, y titular de los derechos económicos derivados del contrato de concesión.

Procede entonces el Tribunal a resolver la excepción planteada por la parte convocada.

Como se señaló anteriormente, las pretensiones de la demanda principal están orientadas a que se declare que existió una unidad negocial en virtud de todos los documentos otorgados o los contratos celebrados entre las partes y en la ejecución de un proyecto en común, con base en lo cual se pide además el pago de unas sumas de dinero como reembolso de unos créditos y unas obligaciones contraídas por las partes.

Por lo tanto, mediante este proceso se busca- una vez se hiciera la verificación de la ocurrencia o no de los hechos, del examen de los mismos y sus consecuencias o efectos-, la declaración de ciertas circunstancias que podrían o no dar origen a otras declaraciones y condenas sobre determinadas sumas de dinero a cargo de una de las partes y a favor de la otra en tanto y en cuanto exista una causa para ello.

En eso consiste la controversia y ella debe decidirse de fondo luego de examinar el contenido de cada uno de los documentos otorgados o los contratos celebrados por las partes para determinar si existe o no una obligación, a cargo y a favor de quién y cómo debe ser ella cumplida.

El Tribunal considera que la controversia debe ser examinada a la luz de todos los actos otorgados o suscritos exclusivamente por las Sociedades ESTYMA S.A., CONCA Y S.A., ARQUITECTOS E INGENIEROS ASOCIADOS S.A., CONSTRUCTORA INECON-TE LTDA, INCOEQUIPOS S.A. y VARGAS VELANDIA LTDA., que son las que suscribieron el Acuerdo del 12 de junio de 2003 y del cual han surgido las diferencias o disputas entre ellas que son las únicas de que puede conocer el Tribunal en virtud de la Cláusula Compromisoria contenida en la Sección 10 del citado Acuerdo, según lo atrás expuesto.

Es cierto que el Instituto de Desarrollo Urbano y la Empresa de Transporte Masivo del Tercer Milenio TRANSMILENIO S.A. suscribieron con el Consorcio Alianza Suba –Tramo II, integrado por las Sociedades ESTYMA S.A., CONCAV S.A., ARQUITECTOS E INGENIEROS ASOCIADOS S.A., y CONSTRUCTORA INECON-TE LTDA, el Contrato de Concesión 146 de 2003, pero también es cierto que a su celebración no concurrieron las Sociedades INCOEQUIPOS S.A. y VARGAS VELANDIA LTDA., razón por la cual de él no se deriva vínculo jurídico en relación con esta controversia entre las partes convocante y convocada y el Instituto de Desarrollo Urbano IDU y Transmilenio.

También es cierto que Fiducolombia actúa como administradora del Patrimonio Autónomo constituido en virtud del Contrato de Fiducia celebrado el 29 de septiembre de 2009 y a cuya celebración concurrieron las sociedades convocantes y convocada, unas en su condición de fideicomitentes y otras en su condición de aportantes, por una parte y, por la otra, también es cierto que las Sociedades convocantes y convocada crearon la Constructora Suba y le confirieron un mandato para que presentara al Consorcio Alianza Suba – Tramo II y a la Fiduciaria administradora del Patrimonio Autónomo ofertas para la ejecución y mantenimiento de los trabajos de construcción que estos aceptaron, pero también es cierto que de conformidad con lo previsto en el artículo 83 del C. de P. C., la controversia versa sobre relaciones o actos jurídicos exclusivamente otorgados por las sociedades convocantes y convocada y no sobre relaciones o actos jurídicos en los cuales hayan intervenido la Fiduciaria Administradora del Patrimonio Autónomo Alianza Suba Tramo II y la Constructora Suba S.A., que por su naturaleza o por disposición legal, no fuere posible resolver de mérito sin la comparecencia de tales entidades.

Además, de lo anterior, por mandato de las partes consignado en la Cláusula Compromisoria, desde la audiencia de instalación, que tuvo lugar el día 31 de mayo de 2007, en el presente proceso arbitral se ha seguido el trámite previsto en el Reglamento del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá, que entró en vigencia el 1 de marzo de 2007, así como se evidencia en las sucesivas actas en las cuales se citaron varios de sus artículos.

La aplicación del Reglamento del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, por parte del Tribunal, no ha sido caprichosa, sino que, por el contrario, encuentra fundamento en lo expresamente convenido por las partes en la cláusula compromisoria, en la cual se estableció: “El Tribunal de Arbitramento se sujetará al reglamento del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.”

Ahora bien, en el párrafo 2 del artículo 9 del citado Reglamento se dispone:

“Habida cuenta de la limitación impuesta por los efectos interpartes del pacto arbitral, no habrá lugar a la intervención de quienes tengan la condición de terceros, en los términos definidos por la ley.”

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO DE  
ESTYMA S.A., CONCAV S.A., ARQUITECTOS E INGENIEROS ASOCIADOS S.A., CONSTRUCTORA INECON-TE LTDA e  
INCOEQUIPOS S.A. Vs. VARGAS VELANDIA LTDA (XIE S.A.)

De acuerdo con lo anteriormente expuesto, es evidente que no era procedente integrar el contradictorio con el Instituto de Desarrollo Urbano IDU, la Empresa de Transporte del Tercer Milenio TRANSMILENIO S.A., la administradora del Patrimonio Autónomo Alianza Suba Tramo II y la CONSTRUCTORA SUBA S.A. o llamarlas en garantía.

En tal virtud, también se declarará no probada la excepción de falta de debida integración del contradictorio.

## CUARTA PARTE

### CONSIDERACIONES ESPECIALES SOBRE LAS PRETENSIONES DE LAS DEMANDAS Y SUS RESPECTIVAS OPOSICIONES

Procede el Tribunal a dilucidar de fondo lo concerniente a las pretensiones formuladas en las demandas.

**A. EL PROYECTO EN EL QUE PARTICIPARON LAS SOCIEDADES ESTYMA S.A., CONCAV S.A., ARQUITECTOS E INGENIEROS ASOCIADOS S.A., CONSTRUCTORA INECON-TE LTDA., INCOEQUIPOS S.A., Y VARGAS VELANDIA LIMITADA -HOY XIE S.A.-, FUE PARA LA ADJUDICACIÓN, CELEBRACIÓN Y EJECUCIÓN DE UN CONTRATO DE CONCESIÓN DE OBRA PÚBLICA**

#### **1. SEGÚN LA APERTURA DE LA LICITACIÓN PÚBLICA NO. IDU-LP-DTC-001-2003**

El 13 de Marzo de 2003, mediante la Resolución No. 1800, el Instituto de Desarrollo Urbano - IDU<sup>12</sup>, ordenó la apertura de la Licitación Pública No. IDU-LP-DTC-001-2003, con el fin de seleccionar una persona o grupo de personas para la celebración de los Contratos de Concesión para la adecuación de los diferentes tramos de la Avenida Suba pertenecientes a la Troncal de Transmilenio<sup>13</sup>.

<sup>12</sup> Es un Establecimiento Público del orden Distrital, creado por el Acuerdo Distrital No. 19 de 1972.

<sup>13</sup> De conformidad con lo previsto en el Convenio Interadministrativo celebrado entre el Instituto de Desarrollo Urbano IDU y la Sociedad para el Transporte del Tercer Milenio -TRANSMILENIO, el 20 de septiembre de 2001, el cual, para la fecha de apertura de la Licitación IDU-LP-DTC-001-2003, había sido modificado por las partes mediante Acuerdos del 22 de enero de 2002 y 27 de mayo de 2002, correspondía al IDU, de manera autónoma y bajo su responsabilidad, iniciar, tramitar y llevar hasta su culminación, los procesos de contratación que fueran requeridos para la infraestructura física del Sistema Transmilenio, así como para la contratación de las interventoras que fueran requeridas. La Sociedad para el Transporte del Tercer Milenio - TRANSMILENIO S.A. -cuya creación fue autorizada mediante el Acuerdo Distrital No. 004 de febrero de 1999, con el objeto de realizar la gestión, organización y planeación del servicio de transporte público masivo urbano de pasajeros en el Distrito Capital y su área de influencia-, no participaría, ni sería responsable, de esas labores, salvo por las obligaciones propias del manejo presupuestal y de realizar los pagos a los contratistas. Así, TRANSMILENIO S.A. solo asumiría directa y únicamente la obligación de

De conformidad con la citada Resolución y el respectivo Pliego de Condiciones:

“... el Instituto de Desarrollo Urbano - IDU se permite convocar, en los términos del Decreto Ley 1421 de 1993, de la Ley 80 de 1993 y la Ley 105 del mismo año, a una licitación pública con el objeto de seleccionar las **Propuestas** más favorables para la adjudicación de dos (2) **Contratos de Concesión** cuyo objeto será el otorgamiento a cada uno de los **Concesionarios** de una concesión de obra y mantenimiento para que realicen, por su cuenta y riesgo, las obras necesarias para la adecuación de la Avenida Suba al **Sistema Transmilenio** y el mantenimiento de las mismas por un término de cinco (5) años, en alguno de los siguientes **Tramos** en los que se divide el **Proyecto**.

**Tramo 1:** Avenida Suba entre la Calle 80 y Calle 127

**Tramo 2:** Avenida Suba entre la Calle 127 y la Avenida Ciudad de Cali

Cada uno de los **Contratos de Concesión** incluye las **Obras de Construcción** requeridas para i) la rehabilitación, construcción y adecuación de las **Calzadas de Transmilenio**<sup>14</sup>, ii) la rehabilitación, construcción y adecuación de las **Calzadas de Tráfico Mixto**<sup>15</sup>, iii) la rehabilitación, construcción y/o adecuación de las zonas de espacio público, y iv) la construcción de estaciones y puentes peatonales, así como el mantenimiento de las obras ejecutadas por un período de cinco (5) años, según los resultados previstos en los **Contratos de Concesión** particularmente en sus Apéndices A y D, sin perjuicio de las demás obligaciones que le asistan al **Concesionario** de conformidad con lo señalado en estos **Pliegos de Condiciones**, en dichos **Contratos de Concesión** (cuya minuta tipo figura como **Anexo 1** del presente **Pliego de Condiciones**), y en los demás **Anexos** del **Pliego**, o en los **Apéndices** de los **Contratos de Concesión**<sup>16</sup>, para lo cual invita a las personas a participar en la presente **Licitación**”.

El Presupuesto Oficial destinado para los dos Tramos, con base en el cual se expidieron los Certificados de Disponibilidad, fue de \$398.264.879.184, correspondiéndole al Tramo 2 –sobre el cual recae en análisis en este proceso–, la suma de \$214.027.050.183, discriminados así:

Tramo 2

|   |                   |
|---|-------------------|
| Remuneración Principal  | \$164.478.358.678 |
| Remuneración por las Labores Ambientales y de Gestión Social        | 3.787.632.331     |
| Remuneración por Manejo de Tráfico, Señalización y Desvíos          | 5.429.121.251     |
| Remuneración por las obras para Redes <sup>17</sup>                 | 24.095.374.673    |
| Remuneración por las obras para adecuación de desvíos <sup>18</sup> | 3.115.728.353     |

hacer los pagos a los contratistas con cargo a su presupuesto, para lo cual haría los registros presupuestales que ordena la ley y, en tal virtud, únicamente para esos efectos, concurriría conjuntamente con el IDU, en los términos de dicho Convenio, a la firma de los contratos, modificaciones, otrosíes o cualquier otro documento en donde constaren tales obligaciones de pago, estrictamente en su calidad de pagador.

<sup>14</sup> Son las calzadas centrales de la vía, previstas para la circulación exclusiva de los vehículos de transporte público pertenecientes al Sistema Transmilenio.

<sup>15</sup> Son las calzadas laterales externas de la vía, previstas para la circulación de toda clase de vehículos.

<sup>16</sup> **Apéndice A:** Especificaciones particulares de Construcción y Parámetros de Diseño. **Apéndice B:** Especificaciones Generales de Construcción. **Apéndice C:** Especificaciones de Redes de Servicios Públicos. **Apéndice D:** Especificaciones Particulares de Mantenimiento. **Apéndice E:** Especificaciones de Manejo Ambiental y Social. **Apéndice F:** Especificaciones de Manejo de Tráfico, Señalización y Desvíos. **Apéndice G:** Cronograma de Obra. **Apéndice H:** Items de Obra para Redes, Items de Obra para Adecuación de Desvíos, Items de Obra para Demoliciones e Items de Obra para Intervenciones de Emergencia.

<sup>17</sup> Aquellas requeridas para el traslado, movimiento, construcción, renovación o rehabilitación de redes y/o accesorios de servicios públicos domiciliarios, las cuales serían ejecutadas durante la Etapa de Construcción.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO DE  
ESTYMA S.A., CONCA Y S.A., ARQUITECTOS E INGENIEROS ASOCIADOS S.A., CONSTRUCTORA INECON-TE LTDA e  
INCOEQUIPOS S.A. Vs. VARGAS VELANDIA LTDA (XIE S.A.)

|   |               |
|---|---------------|
| Remuneración por obras y labores de mantenimiento <sup>19</sup> | 7.015.252.677 |
| Mayores cantidades de obra para redes                           | 3.614.306.201 |
| Remuneración por obras para demoliciones <sup>20</sup>          | 683.566.697   |
| Mayor Permanencia en Obra                                       | 530.701.153   |
| Reembolso por intervenciones de Emergencia <sup>21</sup>        | 1.277.008.170 |

El valor del presupuesto oficial para la Remuneración Ambiental y de Gestión Social y la Remuneración por Manejo de Tráfico, Señalización y Desvíos, constituían el valor que Transmilenio pagaría por cada una de estas remuneraciones por lo que en ningún caso serían objeto de propuesta por parte de los proponentes. Tampoco sería objeto de propuesta por parte de los proponentes el valor de la Remuneración por las Obras para Redes, la Remuneración por Mayores Cantidades de Obra para Redes, la Remuneración por Demoliciones, el reembolso por Mantenimiento Correctivo y de la Remuneración por Obras de Adecuación de Desvíos.

Los proponentes en sus propuestas señalarían los precios unitarios aplicables a cada Item de Obra para Adecuación de Desvíos, Item de Obra para Demoliciones, Item de obra para Mantenimiento Correctivo e ítem de Obra para Redes, los cuales serían evaluados mediante el cálculo del Precio Unitario Promedio Ponderado.

Entonces, sólo el valor de la Remuneración Principal y de la Remuneración por Mantenimiento sería objeto de la propuesta por parte de los proponentes teniendo en cuenta -en materia financiera- que los valores indicados en los numerales 5.13.1 y 5.13.5 del Pliego, serían los valores máximos que podrían ser pagados por concepto de Remuneración Principal y Remuneración por Mantenimiento y, por lo tanto, tal remuneración debería ser adecuada y suficiente para remunerar las obligaciones del Concesionario especialmente en cuanto a las Obras de Construcción, las Labores y Obras de Mantenimiento y los costos financieros asociados al respectivo Contrato de Concesión. En tal virtud, la Oferta económica tendría, en lo que se refiere al Tramo 2, entre otros, los siguientes componentes<sup>22</sup>:

1. Remuneración Principal hasta por un valor máximo de \$164.478.358.678<sup>23</sup>.

<sup>18</sup> Aquellas requeridas para reparar, durante los primeros seis meses de la etapa de mantenimiento las vías utilizadas como desvíos durante la Etapa de Construcción del Contrato.

<sup>19</sup> Actividades -distintas de las obras de adecuación de desvíos- las cuales deben ejecutarse en la tercera etapa del Contrato y en especial las labores necesarias para mantener las obras construidas durante la Etapa de construcción en el estado de condición previstas en las Especificaciones Particulares de Mantenimiento.

<sup>20</sup> Actividades que debían ejecutarse durante la Etapa de Construcción para destruir y retirar de los predios puestos a disposición por el IDU toda construcción o infraestructura ubicada en los mismos, de tal manera que pudieran ser utilizados para ejecutar las Obras de Construcción y las Obras para Redes.

<sup>21</sup> Entendidas como las obras y labores que desarrollaría el Concesionario durante la Etapa de Mantenimiento sobre las calzadas de tráfico mixto, las calzadas Transmilenio, los puentes peatonales, las estaciones y las zonas de espacio público, como respuesta a la ocurrencia de un evento de fuerza mayor o caso fortuito no asegurable sobre las mismas, siempre y cuando el IDU autorizara la ejecución de dichas obras y labores.

<sup>22</sup> Los otros componentes fueron la Declaración de Cumplimiento y el Certificado de Calidad ISO.

<sup>23</sup> El valor que propusiera el proponente debía ser suficiente para remunerar todas y cada una de las actividades que habría de ejecutar en el Contrato de Concesión y que de acuerdo con lo allí establecido, serían remuneradas mediante el

2. Remuneración por Mantenimiento hasta por un monto equivalente al presupuesto oficial para tal fin indicado en el Pliego, esto es, la suma de \$7.015.252.677
3. Precio Unitario Promedio Ponderado de los diferentes Items de Obra para Adecuación de Desvíos, Items de Obra para Demoliciones, Items de Intervención de Emergencia e ítems de Obra para Redes<sup>24</sup>.

Acerca de la “Debida diligencia e información sobre el proyecto total” con el objeto de evaluarlo –técnica, financiera y jurídicamente-<sup>25</sup> y con base en ello presentar las propuestas y luego de la adjudicación y celebración del contrato, proceder a ejecutarlo, en el Pliego se señaló lo siguiente:

“Será responsabilidad de los **Proponentes** visitar e inspeccionar los sitios en los cuales se desarrollará el **Proyecto Total** y de manera especial, cada uno de los **Tramos** para los cuales formulen **Propuesta**. Los **Proponentes** deberán realizar todas las evaluaciones y estimaciones que sean necesarias para presentar su **Propuesta** sobre la base de un examen cuidadoso de sus características, incluyendo los estudios, diseños, evaluaciones y verificaciones que consideren necesarios para formular la **Propuesta** con base en su propia información.

El examen que deberán hacer los **Proponentes** incluirá también, entre otras cosas y sin limitarse necesariamente a éstas, la revisión de todos los asuntos e informaciones relacionados con el(los) **Contrato(s)** y los lugares donde se ejecutará(n), incluyendo condiciones de transporte a los sitios de trabajo, manejo y almacenamiento de materiales, transporte, manejo y disposición de materiales sobrantes, disponibilidad de materiales y mano de obra disponible para acometer las obras necesarias para la ejecución de las obligaciones señaladas en el(los) **Contrato(s)** para cada uno de los **Tramos** para los cuales formulare **Propuesta**. Adicionalmente, los **Proponentes** deberán verificar las condiciones climáticas, de pluviosidad, topográficas y geológicas, las características de los equipos requeridos para la ejecución de las obligaciones del(los) **Contrato(s)**, las características del tráfico automotor en cada una de las calzadas de los **Tramos** para los cuales formulare **Propuesta**, considerando el volumen y peso de los vehículos, existencia e interferencias de redes de servicios públicos, y, en general, todos los demás aspectos que puedan afectar el cumplimiento del(los) **Contrato(s)**, todo lo cual debe ser tomado en cuenta para la preparación de la **Propuesta**.

Por la sola presentación de la **Propuesta** se considera que los **Proponentes** han considerado la viabilidad financiera del(los) **Contrato(s)**, bajo las condiciones contenidas en su **Propuesta**, y que han hecho un cuidadoso examen de los sitios de la obra y que han investigado plenamente las condiciones de trabajo, los riesgos, y

---

pago de la Remuneración Principal, lo cual incluía, sin limitarse a ello, el valor de las obras de construcción y los costos financieros.

<sup>24</sup> Los precios unitarios ofertados solamente servirían para efectos de calcular el valor de la Remuneración por Obras para Redes, la Remuneración por Demoliciones, el reembolso de las intervenciones de emergencia y la remuneración por adecuación de desvíos, en los términos señalados en la Cláusula 14 del Contrato de Concesión, así como para el cálculo de la remuneración por mayores cantidades de obras para redes, en los términos de la cláusula 14.7 del mismo.

<sup>25</sup> Para la estructuración legal y financiera del Proyecto Total, el IDU contó con la asesoría de Durán & Osorio, Abogados Asociados quienes a su vez estaban asesorados por la Corporación Financiera del Valle.

en general, todos los factores determinantes de los costos de ejecución de los trabajos, los cuales se incluyen en los términos de su **Propuesta**.

Si el **Proponente** que resulte **Adjudicatario** de uno o de los dos **Tramos** en que se divide el **Proyecto Total** no ha obtenido, ha evaluado incorrectamente o no ha considerado toda la información que pueda influir en la determinación de los costos, no se eximirá de su responsabilidad por la ejecución completa de las obras de conformidad con el **Contrato**, ni le dará derecho a reembolso de costos, ni reclamaciones o reconocimientos adicionales de ninguna naturaleza.

De este **Pliego** y sus **Anexos** no se debe deducir garantía alguna con respecto al logro o la razonabilidad de las proyecciones, las perspectivas, los rendimientos operativos o financieros, o el plan y costos de las inversiones necesarias para ejecutar el **Contrato**, que lleguen a soportar la **Propuesta** de los **Proponentes**. Ni el IDU, ni **Transmilenio** garantizan que las proyecciones y estimaciones efectuadas por el **Adjudicatario** se cumplan durante la ejecución del **Contrato**, puesto que éste asume los riesgos dispuestos en los **Contratos** de acuerdo con la distribución contenida en la minuta tipo que obra como **Anexo 1** de este **Pliego** y soporta sus efectos sin que las consecuencias derivadas del acaecimiento de tales riesgos constituya un eventual desequilibrio económico del **Contrato**, o den lugar a reclamación alguna. Lo anterior, puesto que la asunción de riesgos establecida debe ser tenida en cuenta por los **Proponentes** en la valoración de la **Propuesta** económica y será remunerada de conformidad con dicha **Propuesta** y con lo establecido en el(los) **Contrato(s)**."

## 2. SEGÚN LAS DEMÁS CONDICIONES DEL PLIEGO DE LA LICITACIÓN PÚBLICA NO. IDU-LP-DTC-001-2003

Las demás condiciones del Pliego que sirvieron de base para que las Sociedades **ESTYMA S.A., CONCAV S.A., ARQUITECTOS E INGENIEROS ASOCIADOS S.A., CONSTRUCTORA INECON-TE LTDA., INCOEQUIPOS S.A.,** y **VARGAS VELANDIA LIMITADA -HOY XIE S.A.-** acordaran participar como Proponentes Plurales para lo cual procedieron a integrarse y el 9 de junio de 2003 constituyeron dos consorcios y posteriormente, el 12 de junio de 2003, celebraron un "Acuerdo" en el que fijaron las reglas para preparar, presentar y defender sus propuestas como oferentes en la Licitación Pública No. IDU-LP-DTC-001-2003, una de las cuales le fue adjudicada a uno de los Consorcios con el cual se celebró el Contrato de Concesión para la adecuación del Tramo 2 de la Avenida Suba el 19 de agosto de 2003, fueron las siguientes:

### "3.1.5 Proponentes Plurales

Se entenderá presentada una **Propuesta** por un **Proponente Plural**, cuando de manera conjunta dos o más personas naturales o jurídicas presenten una sola **Propuesta** a la **Licitación**. En tal caso se tendrá como **Proponente**, para todos los efectos dentro de la presente **Licitación**, al grupo conformado por la pluralidad de personas, y no las personas que lo conforman individualmente consideradas.



La presentación de **Propuestas** por parte de **Proponentes Plurales**, deberá hacerse a través de **Consortios, Uniones Temporales** o **Promesa de Sociedad Futura**, los cuales se sujetarán a los siguientes requisitos:

a) Acreditar la existencia del **Consortio** o de la **Unión Temporal**, y específicamente la circunstancia de tratarse de uno u otro. En el caso en que no exista claridad al respecto, el **Proponente Plural** deberá subsanar esta falta de claridad dentro del término que para el efecto señale el IDU.

b) El documento mediante el cual se acredite la existencia del **Consortio** o **Unión Temporal**, deberá discriminar de manera detallada el porcentaje de participación de cada uno de sus miembros; lo anterior para los fines previstos en el numeral 4.2.2. de estos **Pliegos**. En consonancia con lo establecido en el numeral segundo del artículo 7 de la Ley 80 de 1993, en el evento en que la forma de asociación sea la Unión Temporal, deberá detallarse las actividades que cada uno de los miembros va a realizar.

c) Si la **Propuesta** se presenta bajo la modalidad de asociación **Promesa de Sociedad Futura**, deberá aportarse una minuta de promesa de contrato de sociedad, de conformidad con las reglas previstas para estos efectos por el artículo 1611 del Código Civil, el artículo 110 del Código de Comercio y el párrafo 2º del artículo 32 de la ley 80 de 1993.

Dicha **Promesa de Sociedad Futura** no podrá tener una condición para su perfeccionamiento diferente a que efectivamente la **Propuesta** resulte ser elegida como la mejor y que por lo tanto la sociedad haya sido elegida como **Adjudicataria** de uno (1) o los dos (2) **Tramos** de la presente **Licitación** y deba celebrar el(los) **Contrato(s) de Concesión**. Una vez expedida la resolución de adjudicación y constituida en legal forma la sociedad de que se trate, el(los) **Contrato(s) de Concesión** se celebrarán con su representante legal.

Cualquier condición adicional para el perfeccionamiento del contrato de sociedad, incluyendo la de resultar **Adjudicatario** de los dos (2) **Tramos** en caso de presentar **Propuesta Múltiple**, dará lugar a que la **Propuesta** sea considerada como **No Elegible**.

En dicha minuta se presentarán con claridad las reglas que regirán las relaciones entre los promitentes socios, entre las cuales se incluyen el tipo de sociedad que se conformará al momento de la adjudicación del **Contrato** y se especificarán los porcentajes de participación de cada una de las partes para los fines previstos en los numerales 4.1.2 y 4.1.3 de estos **Pliegos de Condiciones**. Sin perjuicio de lo anterior, este requerimiento sólo será indispensable en el documento de promesa más no en la escritura definitiva de constitución de la sociedad. En todo caso, los porcentajes de participación presentados en la **Propuesta** no podrán variarse sin consentimiento del IDU.

d) Acreditar el nombramiento de un representante legal único de todas las personas naturales o jurídicas consorciadas, asociadas en **Unión Temporal**, o asociadas mediante **Promesa de Sociedad Futura** con facultades suficientes para la representación sin limitaciones de todos y cada uno de los integrantes, en todos los

aspectos que se requieran para la presentación de la **Propuesta**, y para la suscripción y ejecución del **Contrato**.

e) Acreditar la existencia, representación legal y capacidad jurídica de las personas naturales o jurídicas consorciadas, asociadas en **Unión Temporal**, o asociadas mediante **Promesa de Sociedad Futura** y de sus representantes para la constitución del **Consortio**, **Unión Temporal** o **Promesa de Sociedad Futura**, así como para la celebración y ejecución del **Contrato** a través de la forma de asociación escogida.

f) Acreditar un término mínimo de duración del **Consortio**, de la **Unión Temporal** o de la sociedad objeto de la **Promesa de Sociedad Futura**, por lo menos igual al término señalado en el numeral 3.2 de estos **Pliegos de Condiciones**.

Los aspectos requeridos en los literales anteriores, deberán acreditarse mediante la presentación del acuerdo consorcial, del acuerdo de constitución de la **Unión Temporal** o la **Promesa de Sociedad Futura**, en el que se consignen los acuerdos que den cuenta de lo pertinente.

Si el acuerdo consorcial o de constitución de la **Unión Temporal** no es claro en cuanto a (i) la naturaleza jurídica de la figura que se ha constituido, si es **Consortio** o **Unión Temporal** y/o (ii) el porcentaje de participación de cada uno de sus miembros, y/o (iii) las actividades de cada uno de los miembros de una **Unión Temporal**, para los efectos previstos en el artículo 7 de la Ley 80 de 1993 y el numeral 4.2.2. de estos **Pliegos**, el IDU solicitará al **Proponente** que subsane dicha falta de claridad, dentro del término que para el efecto determine. Si vencido el término señalado, el **Proponente** no hubiere subsanado la falta de claridad a satisfacción del IDU, la **Propuesta** será considerada como una **Propuesta no Elegible**.

Para el caso de la **Promesa de Sociedad Futura**, se observarán los requisitos previstos en el literal c) anterior.

Los aspectos requeridos en el literal c) precedente deberán acreditarse mediante la presentación del documento en el cual conste el otorgamiento de un poder a un representante común con facultades suficientes para actuar, obligar y responsabilizar a todos y a cada uno de los copartícipes en el trámite de la **Licitación**. El poder podrá ser otorgado en el mismo acto de constitución del **Consortio**, **Unión Temporal** o **Promesa de Sociedad Futura**.

(...)

#### OTROS REQUISITOS DE PARTICIPACIÓN

(...)

Ninguna persona podrá presentar más de una **Propuesta** ni formar parte de más de un **Consortio**, **Unión Temporal** o **Promesa de Sociedad Futura** que presenten **Propuestas** para un mismo **Tramo** de la presente **Licitación**.

En caso de que, para un mismo **Tramo**, una misma persona aparezca como integrante de uno o más **Consortios**, **Uniones Temporales** o **Promesas de Sociedad Futura**, por sí o por interpuesta persona, el IDU rechazará todas las **Propuestas** presentadas por dichos integrantes.

### 3.4.1 Excepción

Teniendo en cuenta que se trata de una **Licitación Múltiple**, una misma persona podrá formar parte de más de un **Consorcio, Unión Temporal o Promesa de Sociedad Futura** o podrá participar solo en un **Tramo** y como miembro de un **Proponente Plural** para el otro **Tramo**, siempre y cuando no compita contra sí mismo en la **Adjudicación** de un **Tramo**. Por lo tanto, esta excepción sólo será aplicable cuando la participación de esa persona en diferentes **Consorcios, Uniones Temporales o Promesas de Sociedad Futura** sea para presentar **Propuestas** para **Tramos** diferentes. En estos casos, la experiencia que acredite la persona que participe en más de un **Proponente Plural** será descontada conforme a las reglas que se establecen en los numerales y de estos **Pliegos**.

Para los efectos de este numeral se entenderá que se compite contra sí mismo, no sólo cuando se verifique la situación descrita en el párrafo anterior, sino también cuando exista una situación de control en los términos del artículo 260 del Código de Comercio (i) entre **Proponentes**; (ii) entre **Proponentes** y los miembros de otros **Proponentes Plurales** o (iii) entre miembros de un **Proponente Plural** y miembros de otro **Proponente Plural**. Para efectos de la verificación, durante la evaluación de las **Propuestas**, se determinará la existencia de una situación de control mediante la verificación de la existencia de dicha situación en los certificados de existencia y representación legal de los **Proponentes** o de cada uno de los **Proponentes Plurales**. Si se llegare a presentar esta situación, las **Propuestas** serán consideradas **no Elegibles**.

### 3.4.2. Cesión de la Posición Contractual

Los miembros originales del **Consorcio, Unión Temporal o Promesa de Sociedad Futura**, que aparezcan en la **Propuesta** deberán permanecer como miembros del **Consorcio, Unión Temporal o Promesa de Sociedad Futura** durante todo el plazo de ejecución del **Contrato**. Lo anterior salvo autorización previa del IDU, autorización que en cualquier caso se otorgará cuando la cesión de la participación sea hecha a una persona que tenga iguales o mejores indicadores de experiencia y capacidad financiera que los de la persona que cede su participación en el **Consorcio, Unión Temporal o Promesa de Sociedad Futura**, según se tuvieron en cuenta al evaluar y adjudicar el **Contrato** a la **Propuesta** de la cual hizo parte. Lo anterior también aplicará a la(s) persona(s) natural(es) o jurídica(s) que resulte(n) **Adjudicataria(s)** del **Contrato de Concesión**. Adicionalmente, se señala, que no se permitirán las cesiones ni modificaciones del porcentaje de participación en el **Proponente Plural** entre los miembros de las **Uniones Temporales, Promesas de Sociedad Futuras o Consorcios**, salvo por lo establecido en el numeral 46.2 de la cláusula 46 del **Contrato de Concesión**.

Así, técnica, jurídica y financieramente las Sociedades **ESTYMA S.A., CONCA Y S.A., ARQUITECTOS E INGENIEROS ASOCIADOS S.A., CONSTRUCTORA INECON-TE LTDA., INCOEQUIPOS S.A., Y VARGAS VELANDIA LIMITADA -HOY XIE S.A.-**, acordaron asociarse o integrarse para para participar en la Licitación Pública No. IDU-LP-DTC-001-2003, con la finalidad de obtener la adjudicación y posterior celebración y ejecución de un Contrato de Concesión de Obra Pública, cuyo objeto sería el otorgamiento al

Concesionario de una Concesión para que realizara por su cuenta y riesgo, las obras de construcción necesarias para la adecuación de la Avenida Suba, en el tramo comprendido entre la Calle 127 y la Avenida Ciudad de Cali al Sistema Transmilenio, lo cual incluía las Obras de Construcción requeridas para i) la rehabilitación, construcción y adecuación de las Calzadas de Transmilenio, ii) la rehabilitación, construcción y adecuación de las calzadas de Tráfico Mixto, iii) la rehabilitación, construcción y/o adecuación de las zonas de espacio público y, iv) la construcción, rehabilitación y/o adecuación de Estaciones y Puentes Peatonales. Así mismo, la ejecución de las obras para redes necesarias para la rehabilitación, reubicación, renovación y construcción de las redes y/o accesorios de servicios públicos domiciliarios que fuera necesario ejecutar, así como las obras de adecuación de desvíos una vez ejecutadas las obras de construcción. Igualmente, el cumplimiento de las obligaciones relacionadas con las labores ambientales y de gestión social, obras para demoliciones y los componentes de manejo de tráfico, señalización y desvíos. Adicionalmente, la ejecución de las obras y labores de mantenimiento, una vez terminada la etapa de construcción e iniciada la etapa de mantenimiento.

Todas ellas sabían de antemano cuáles serían sus obligaciones, que por lo demás serían de resultado. Todas ellas sabían que la contraprestación consistiría en los pagos que efectuara TRANSMILENIO al Concesionario, en los términos que se señalarían en el Contrato de Concesión, sin perjuicio de las Compensaciones señaladas en el mismo, sin derecho alguno sobre el recaudo efectuado por la prestación del servicio de transporte masivo a los usuarios, una vez entrara en operación la troncal. Todas ellas sabían de antemano que la ejecución del Contrato de Concesión de Obra tendría tres Etapas distintas, a saber:

**La Primera Etapa**, que sería la **Etapas de Preconstrucción** la cual se iniciaría a partir del Día siguiente a la Fecha de Iniciación de la Ejecución del Contrato<sup>26</sup> y terminaría cuando se verificara el cumplimiento de los siguientes requisitos, sin exceder de cuatro meses, las cuales serían indispensables para dar inicio a la Etapa de Construcción, salvo acuerdo en contrario:

- **Constitución del Fideicomiso<sup>27</sup> por parte del Concesionario**, dentro de los 15 días calendario siguientes a la fecha de Iniciación de la Ejecución del Contrato mediante la celebración de un contrato de fiducia mercantil.

El Contrato de Fiducia debía contener las siguientes estipulaciones:

- ✓ En él se entendería incorporado íntegramente el Contrato de Concesión, razón por la cual todas las obligaciones de la entidad fiduciaria en él previstas serían asumidas por dicha entidad con la firma del Contrato de Fiducia Mercantil. Así, la Fiduciaria respondería por los perjuicios

<sup>26</sup> Que a su vez se entendería como la fecha en la cual el IDU notificara por escrito al Concesionario la instrucción expresa de iniciar el cumplimiento de las obligaciones derivadas del Contrato, la cual sería impartida dentro de los 15 días siguientes a la aprobación de la Garantía Única de Cumplimiento.

<sup>27</sup> Entendido como el patrimonio autónomo que debía constituir el Concesionario mediante la celebración de un Contrato de Fiducia Mercantil irrevocable, para los efectos previstos en el Contrato de Concesión.

que el incumplimiento de esas obligaciones acarreará al IDU y/o a TRANSMILENIO.

- ✓ El fideicomitente sería exclusivamente el Concesionario. Ni el IDU ni TRANSMILENIO serían parte del Contrato de Fiducia, los cuales tendrían la calidad de beneficiarios estrictamente para los fines señalados en el Contrato de Concesión.
- ✓ La comisión fiduciaria sería acordada libremente por el Concesionario y la Fiduciaria, la cual en ningún caso no podría descontarse ni total ni parcialmente de los montos (incluidos sus rendimientos) que se encontraran en la Subcuenta de Interventoría ni en la Subcuenta de Pagos.
- ✓ El IDU tendría el derecho de ordenar a la Fiduciaria el traslado de recursos entre la Subcuenta de Pagos y la Subcuenta Principal, o la destinación de los recursos de la Subcuenta de Pagos o la Subcuenta de Interventoría sólo para los fines y en las condiciones señaladas en el Contrato de Concesión. El IDU también tendría derecho a solicitar los informes que fueran conducentes, de acuerdo con lo establecido en el Contrato.
- ✓ El Contrato de Fiducia no podría ser revocado por el Concesionario y/o la fiduciaria. Tampoco podría modificarse ni terminarse, sin la autorización previa, expresa y escrita del IDU.
- ✓ El Contrato de fiducia mercantil se mantendría vigente hasta la aprobación por parte del IDU del informe final, previo el cumplimiento por parte de la entidad fiduciaria, de las instrucciones correspondientes a la liquidación del Contrato de Concesión.
- ✓ El Concesionario y la entidad fiduciaria responderían frente al IDU por el incumplimiento de sus obligaciones o por el desconocimiento de los derechos consignados en el Contrato de Concesión o en la Ley.

Los Fondos del Fideicomiso estarían constituidos por todos los recursos de deuda y capital que el Concesionario le debiera transferir al patrimonio autónomo y que llegare a utilizar para la ejecución de las obligaciones que le asistirían con ocasión del Contrato de Concesión, de conformidad con las necesidades del proyecto en los tiempos y montos que él mismo determinaría. Adicionalmente, manejaría a través del Fideicomiso la totalidad de los recursos que recibiera de parte de TRANSMILENIO por concepto de los pagos por la Remuneración Principal y por la Remuneración por Mantenimiento, así como por cualquier otro pago que recibiera el concesionario en virtud del Contrato de Concesión.

Con el fin de facilitar la consecución de los recursos necesarios para el proyecto el Concesionario o la entidad fiduciaria podrían desarrollar esquemas financieros tales como titularización, emisión de bonos y sindicaciones, entre otros. Para estos efectos, los derechos económicos a

favor del Concesionario derivados del Contrato de Concesión, podrían ser cedidos, sin limitación alguna, a los financiadores.

El Fideicomiso estaría constituido por las siguientes Subcuentas:

- ✓ **Subcuenta de Interventoría**, en la cual el Concesionario depositaría los valores necesarios para el pago de los honorarios del Interventor.
- ✓ **Subcuenta de Pagos**, en la cual el Concesionario depositaría los recursos destinados al pago de la Remuneración Principal, Remuneración por Mantenimiento, Remuneración Ambiental y de Gestión Social, Remuneración por Manejo de Tráfico, Señalización y Desvíos, Remuneración por Obras para redes, Remuneración por Obras para Adecuación de Desvíos, Remuneración para Demoliciones, el reembolso por Intervenciones de Emergencia y la Remuneración por Mayores Cantidades de Obra para Redes, que serían desembolsados por TRANSMILENIO. Los rendimientos que produjera acrecerían la misma, sin que pudieran ser objeto de deducción alguna a título de comisión fiduciaria.

Sobre la utilización de los recursos de esta Subcuenta de Pagos, tanto aquellos que correspondían a los recursos incorporados en los términos del Contrato, como sus rendimientos financieros, el numeral 14.9 del Pliego señaló que no podrían ser utilizados para ningún fin por el Concesionario. “Dichos recursos podrán ser utilizados por el Concesionario sólo en la medida en que sean trasladados a la Subcuenta Principal”.

- ✓ **Subcuenta Principal**, en la cual se manejarían todos los recursos que de conformidad con el Contrato de Concesión, no deben mantenerse en la Subcuenta de Interventoría o en la Subcuenta de Pagos.

En cuanto se refiere a la destinación de los recursos del Fideicomiso, el numeral 36.1.2 del Pliego señaló que una vez realizada la liquidación del Contrato de Concesión, los excedentes de las subcuentas del Fideicomiso tendrían la siguiente destinación:

- ✓ Los excedentes de la Subcuenta Principal serían entregados al Concesionario, salvo que con motivo de la terminación anticipada del Contrato deban trasladarse a TRANSMILENIO, caso en el cual dichos excedentes serían transferidos a éste hasta concurrencia del monto que el Concesionario deban pagarle y el excedente, de existir, serían entregado al Concesionario.
- ✓ Los excedentes de la Subcuenta de Pagos y la Subcuenta de Interventoría serían entregados a TRANSMILENIO, salvo cuando quedaren cuentas por pagar con cargo a dichas subcuentas, caso en el cual el IDU ordenaría tales pagos a la Fiduciaria administradora del Fideicomiso. El excedente, de existir, sería entregado a TRANSMILENIO.

➤ **Obtención del Cierre Financiero por parte del Concesionario**, antes del vencimiento del cuarto mes contado a partir de la fecha de Iniciación, esto es, cuando el IDU manifestara expresamente y por escrito su conformidad con los documentos aportados por el Concesionario para acreditar el compromiso de endeudamiento mínimo, destinado a la financiación, por parte del Concesionario, de parte o la totalidad de las inversiones necesarias para el cumplimiento del Contrato, o a falta de dicha manifestación, cuando hubieren transcurrido cinco días hábiles desde la presentación de los documentos por parte del Concesionario, sin que se hubiere producido una respuesta por parte del IDU. Para tal efecto, sólo se entendería cumplido el Cierre Financiero si el Concesionario cumplía, a satisfacción del IDU, con los siguientes requisitos:

- ✓ Contar con compromisos a su favor, que incluían el desembolso de recursos de deuda por un valor no inferior a la suma de 75.000.000.000, actualizada para el día del Cierre Financiero según la fórmula prevista en el Pliego, o contar con el capital líquido disponible por el mismo monto. Para probar la obtención de recursos de deuda se debían presentar al IDU los siguientes documentos:
  - Contratos de Crédito firmados con los prestamistas (o certificación de los prestamistas de la cual se dedujera la existencia del compromiso de crédito y el monto de los desembolsos<sup>28</sup>) y certificación de los prestamistas que acreditaran que la totalidad de los requisitos necesarios para el desembolso inicial de los créditos se encontraban satisfechos. El desembolso inicial no podría tener condicionamiento alguno, debía hacerse efectivo en la Subcuenta Principal dentro de los primeros 15 días hábiles de la Etapa de Construcción y no podría ser inferior a la suma de 7.500.000.000.
  - La certificación del líder la respectiva emisión, donde constara que la totalidad de la emisión de títulos había sido colocada o que se había suscrito un contrato de “underwriting” en firme para su colocación, cuando se tratara de financiación conseguida a través de emisión de títulos en el mercado de capitales por un monto igual o superior al valor exigido.
  - Cuando se tratara de capital propio, éste se acreditaría aportando copias de los estados financieros debidamente certificados en donde constara que se contaba con la disponibilidad de tales recursos representados en efectivo o en títulos con liquidez no mayor a 180 días. En defecto de lo anterior, presentar las actas emanadas de los órganos competentes a cada uno de los socios o miembros del concesionario, en donde constara el compromiso en firme de aportar capital, durante la Etapa de Construcción, por un monto total no inferior a la misma suma antes descrita.

<sup>28</sup> Para verificar el compromiso de aportar los recursos de deuda proveniente de instituciones financieras vigiladas por la Superbancaria, debía acompañarse el certificado expedido por ésta.

- La obtención de recursos de deuda también podía probarse mediante la combinación de las fuentes de financiación antes previstas, en cuyo caso, la sumatoria de los recursos obtenidos a través de dichas fuentes no podría ser inferior al valor requerido.
- ✓ Presentar al IDU los documentos descritos anteriormente a más tardar el décimo quinto día hábil anterior al vencimiento del plazo de cuatro meses contados a partir de la fecha de iniciación.
- **Puesta a disposición del Concesionario del Tramo correspondiente al Proyecto**, o lo que es lo mismo, de la infraestructura existente en la Avenida Suba entre la Calle 127 y la Avenida Ciudad de Cali para la ejecución de las obras, mediante comunicación expresa y escrita emitida por el IDU al Concesionario sin que éste pudiera rechazarla, postergarla u objetarla, pues sus obligaciones contractuales consistirían en adelantar las obras de construcción y obras para redes sobre los tramos puestos disposición.
- **Movilización de Equipo por parte del Concesionario**, teniéndolo a disposición en la ciudad de Bogotá D.C., lo mismo que el personal necesario para iniciar la Etapa de Construcción. Los equipos, personal, materiales y demás insumos deberían ser suficientes para la organización de los frentes de trabajo necesarios para el cumplimiento de las obligaciones del concesionario.
- **Presentación de Estudios y Diseños**, para lo cual el Concesionario debería haber elaborado y entregado al Interventor sus propios estudios y diseños de detalle para la ejecución de las Obras de Construcción y de las Obras para Redes durante la Etapa de Construcción, orientados a dar cumplimiento a los resultados exigidos en las Especificaciones Particulares de Construcción y Parámetros de Diseño y las Especificaciones de Redes de Servicios Públicos, o los mismos que el IDU pondría a disposición de los proponentes durante la Licitación, caso en el cual deberían ir suscritos por los ingenieros o personas responsables del Concesionario, o la combinación de los anteriores. Una vez presentados al Interventor, se entendería que los diseños serían propios y por lo tanto la responsabilidad de los mismos sería asumida en su totalidad por el Concesionario.
- **Cumplir el Concesionario con todas las obligaciones a esta Etapa de Preconstrucción incluidas en los diferentes Apéndices del Contrato**, en particular con lo señalado de dar aviso oportuno a las empresas de servicios públicos sobre la necesidad de llevar a cabo las obras para redes y en especial aquellas que no pudieran ser ejecutadas directamente por el Concesionario sino por la respectiva Empresa de servicios públicos.

**La Segunda Etapa**, que sería la **Etapa de Construcción** durante la cual el Concesionario se encargaría de la construcción y completa adecuación del tramo comprendido entre la Calle 127 y la Avenida Ciudad de Cali perteneciente a la Avenida Suba, para la operación del Sistema Transmilenio, incluyendo las zonas de espacio público, Calzadas de Transmilenio y Calzadas



de Tráfico Mixto, Estaciones, Puentes Peatonales, así como el traslado, movimiento, construcción, renovación o rehabilitación de redes de servicios públicos. Esta Etapa se extendería desde el momento de la firma del Acta de Iniciación de la Etapa de Construcción, hasta la suscripción del Acta de Finalización de la Etapa de Construcción.

**La Tercera Etapa**, que sería la **Etapa de Mantenimiento**, durante la cual el Concesionario se encargaría de la realización de las actividades correspondientes a las Obras y Labores de Mantenimiento para mantener las obras ejecutadas durante la Etapa de Construcción de tal manera que cumplan siempre con el estado de condición especificado del proyecto, la cual se iniciaría una vez suscrita el Acta de Finalización de la Etapa de Construcción. Dentro de los primeros seis meses de esta Etapa el concesionario debía ejecutar las Obras de Adecuación de Desvíos.

Así, todas las Sociedades sabían que sería el Concesionario el responsable por la ejecución de las Obras de Construcción, de las Obras para Redes, de las Obras de Adecuación de Desvíos, Obras para Demoliciones y de las Obras y Labores de Mantenimiento, así como de las Labores Ambientales y de Gestión Social y las labores asociadas a los Componentes de manejo de Tráfico, Señalización y Desvíos, de conformidad con lo previsto en el Contrato de Concesión y en sus Apéndices.

Para tal efecto, todas ellas sabían que sería el Concesionario el que tendría a su cargo las siguientes obligaciones, sin perjuicio de las demás contenidas en el Contrato, en sus Apéndices y en el Pliego, además de las contenidas en la Constitución, las leyes y los reglamentos aplicables:

- Cumplir las previstas durante la Etapa de Preconstrucción.
- Obtener el Cierre Financiero.
- Obtener la financiación necesaria para el desarrollo del Proyecto.
- Constituir el Fideicomiso y efectuar los aportes a las respectivas subcuentas del mismo, en los términos señalados en el Contrato de Concesión.
- Adelantar las Obras de Construcción.
- Ejecutar las obras para Redes
- Adelantar las Obras de Adecuación de Desvíos
- Adelantar las actividades correspondientes a las Obras y Labores de Mantenimiento
- Obtener y mantener en vigor las garantías, en los plazos y por los montos establecidos en el Contrato.
- Mantener todos los equipos, materiales y el personal que necesitare para la ejecución de las obras y actividades correspondientes al objeto contratado.
- Cumplir el Cronograma de Obra
- Entregar a satisfacción del Interventor y del IDU las obras ejecutadas, y responder por su calidad y estabilidad en los términos previstos en el Contrato de Concesión.
- Ejecutar los Componentes de Manejo de Tráfico, Señalización y Desvíos.
- Ejecutar las Labores Ambientales y de Gestión Social

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO DE  
ESTYMA S.A., CONCA Y S.A., ARQUITECTOS E INGENIEROS ASOCIADOS S.A., CONSTRUCTORA INECON-TE LTDA e  
INCOEQUIPOS S.A. Vs. VARGAS VELANDIA LTDA (XIE S.A.)

- Suscribir las diversas actas previstas en el Contrato de Concesión y sus Apéndices.
- Cooperar con el IDU, con el Interventor, con otros contratistas que desarrollen obras en la zona de influencia del proyecto y con los entes de control para que realicen actividades de estudio, análisis o inspección de la ejecución del Contrato.
- Evitar la revocatoria, por causas imputables al Concesionario, de cualquiera de los permisos, licencias o aprobaciones gubernamentales requeridas para la ejecución del contrato.
- Evitar la imposición de multas al IDU por incumplimiento imputable al Concesionario, de las disposiciones ambientales y de gestión sociales aplicables al Proyecto y en caso de sanción mantener indemne al IDU y a TRANSMILENIO por cualquiera de estos conceptos.
- Mantener un representante quien sería el Director del Proyecto, facultado para representar al Concesionario en todos los aspectos atinentes a la ejecución del Contrato de Concesión que debería actuar como interlocutor con el IDU y con el Interventor.
- Establecer, documentar y mantener un sistema de calidad como medio para asegurar el cumplimiento de sus obligaciones, para lo cual debía elaborar un manual que debía incluir o referenciar los procedimientos y requisitos de dicho sistema, y esbozar la estructura de la documentación utilizada en tal sistema, acogiéndose como mínimo a lo dispuesto en las normas de ICONTEC: NTC – ISO de la Serie 9000, NTC –ISO 10011-1 a 100113, ISO/TR 13425 en sus últimas versiones, o aquellas que las complementen, modifiquen o adicionen.

Finalmente, todas las Sociedades fueron conscientes y advirtieron que en los Pliegos se previó (46.1), que el Concesionario podría subcontratar parcialmente la ejecución del Contrato con personas naturales o jurídicas que tuvieran la idoneidad y capacidad para desarrollar la actividad subcontratada, no obstante lo cual, el Concesionario continuaría siendo el único responsable ante el IDU y TRANSMILENIO por el cumplimiento de las obligaciones del Contrato. Además, que el Concesionario sería el único responsable ante el IDU de la celebración de subcontratos y el IDU se reservaría el derecho a solicitar al Concesionario de cambiar al (los) subcontratista(s) cuando, a su juicio, éste(os) no cumpliera(n) con las calidades mínimas necesarias para la ejecución del (las) labor (es) subcontratadas.

En cualquier caso, que el Concesionario debería subcontratar la ejecución de las obras asociadas a las Estaciones y Puentes Peatonales, si no contaba con la experiencia suficiente para su ejecución en los términos exigidos en el Contrato.

Que el Concesionario sólo podría ceder el Contrato a terceros, con la autorización previa, expresa y escrita del IDU, autorización que en todo caso se otorgaría cuando la cesión fuere hecha a una persona que tuviere iguales o mejores indicadores de experiencia en construcción y en consecución de financiación y en capacidad financiera que los mínimos exigidos en los Pliegos de Condiciones para la selección del Concesionario.

Igualmente todas las Sociedades sabían que cuando se tratase de un Concesionario con varios integrantes y alguno de ellos deseara ceder su participación en el Contrato de Concesión a terceros, sólo podría hacerlo con la autorización previa, expresa y escrita del IDU, autorización que en todo caso se otorgaría: (i) Durante la Etapa de Preconstrucción y la Etapa de Construcción cuando la cesión fuere hecha a una persona que tuviera iguales o mejores indicadores de experiencia en construcción y en consecución de financiación y en capacidad financiera que los del integrante del Concesionario que cediera su participación en el Contrato de Concesión; y (ii) Durante la Etapa de Mantenimiento, únicamente para aquellos integrantes del Concesionario que no hubieran acreditado la experiencia en construcción exigida en los Pliegos de Condiciones.

La cesión entre integrantes del Concesionario, sólo podría realizarse, con la autorización previa, expresa y escrita del IDU, autorización que en todo caso se otorgaría: (i) Durante la Etapa de Preconstrucción y la Etapa de Construcción cuando con los integrantes restantes del Concesionario se cumpla con los indicadores de experiencia en construcción, en consecución de financiación y la capacidad financiera mínimos que se exigieron en los Pliegos para la selección del Concesionario; y, (ii) Durante la Etapa de Mantenimiento, únicamente para aquellos integrantes del Concesionario que no hubieran acreditado la experiencia en construcción exigida en los Pliegos de Condiciones.

En consecuencia, desde la convocatoria de la Licitación Pública N° IDU-LP-DTC-001-2003, que dio origen a la celebración del Contrato de Concesión N° IDU 146-2003, se definió el objeto de la convocatoria en el ítem 1.1.2., en el cual se señaló que el “objeto será el otorgamiento a cada uno de los Concesionarios de una concesión de obra y mantenimiento para que realicen, por su cuenta y riesgo, las obras necesarias para la adecuación de la Avenida de Suba al Sistema Transmilenio y el mantenimiento de las mismas por un término de cinco (5) años ... Cada uno de los contratos incluye Obras de Construcción requeridas para i) la rehabilitación, construcción y adecuación de las Calzadas de Transmilenio; ii) la rehabilitación, construcción y adecuación de las Calzadas de Tráfico Mixto; iii) la rehabilitación, construcción y/o adecuación de las zonas de espacio público y, iv) la construcción de estaciones y puentes peatonales, así como el mantenimiento de las obras ejecutadas por un período de cinco (5) años ...”.

Por la naturaleza del objeto, se exigió en el Capítulo 4 del Pliego (con las modificaciones introducidas por adendo), la acreditación de amplia experiencia en construcción de vías de los proponentes.

De otra parte, dada la modalidad de pago ofrecida por el IDU en esta Licitación, era indispensable que el proponente adjudicatario del contrato financiara la obra para su ejecución, y para ello se reguló no sólo la cantidad requerida sino también los requisitos y capacidad financiera de los proponentes y su experiencia en consecución de financiación (Capítulo 4 con las modificaciones introducidas por adendo), tal como se consignó en la Minuta Modelo del Contrato, Cláusula 14, que constituye el Anexo 1 del Pliego,

y de acuerdo con la disponibilidad anunciada para cada año por el ítem 5.13.1 Remuneración Principal. Adicionalmente, en la Cláusula 5, numeral 5.1 de la Minuta, se previó como uno de los requisitos a cumplirse durante la primera etapa de desarrollo del contrato de concesión, denominada Etapa de Preconstrucción y, consiguientemente, como prerrequisito para iniciar la Etapa de Construcción, la realización del cierre financiero el cual fue definido en el numeral 5.1.2., así:

“Antes del vencimiento del cuarto mes contado a partir de la Fecha de Iniciación, el Concesionario deberá obtener el Cierre Financiero. Se entenderá que el Concesionario ha obtenido el Cierre Financiero cuando el IDU manifieste expresamente y por escrito su conformidad con los documentos aportados por el Concesionario para acreditar los recursos destinados a la financiación, por parte del Concesionario, de las inversiones necesarias para el cumplimiento de este Contrato (...)”.

De esta forma, era claro que la naturaleza del contrato ofertado por el IDU en la Licitación Pública N° IDU- LP -DTC -001-2003, era de concesión de obra, en los términos previstos por el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, el cual tenía como finalidad fundamental la ejecución de las obras descritas en el proyecto, pero debía ser financiado por el concesionario y la modalidad de pago era especial, pues no había peaje o tarifa, sino que se acordó una modalidad de pago con recursos del presupuesto de Transmilenio, en forma trimestral previa la verificación de avance de obra.

Claramente, pues, el proyecto licitado abarcaba no solo la financiación del mismo, sino su ejecución como finalidad primera, con una modalidad de pago específica y especial, mezclando las características propias del contrato de concesión definidas por la ley, por lo cual, las obligaciones nacidas del contrato celebrado se extendían al cumplimiento de todas y cada una de las exigencias previstas en el Contrato de Concesión, en especial las señaladas en la Cláusula 5 y los Apéndices técnicos del contrato, así como en la Cláusula 6 del mismo.

Por lo tanto se trataba de un proyecto en el cual todas las Sociedades sabían de antemano que participarían para presentar propuestas y obtener la adjudicación de uno o dos Contratos de Concesión de Obra Pública que luego celebrarían con el IDU y TRANSMILENIO y que ejecutarían en los términos señalados.

Por lo tanto, no se trataba de participar en dos negocios distintos: uno de construcción de obra y otro de financiación. Era un solo proyecto, una sola operación, relacionada con la Concesión de un Contrato de Obra Pública el cual implicaba obviamente una actividad importante para su financiación.

### **3. LA DEFINICIÓN DEL CONTRATO DE CONCESIÓN DE OBRA PÚBLICA Y SU REGULACIÓN LEGAL**

#### **3.1 Definición**

Téngase presente que los contratos de concesión sobre bienes de uso público deben entenderse no como un mecanismo de privatización (cambio de propiedad), sino como un medio de participación del sector privado en la gestión estatal: esto es, en virtud de su celebración se traslada al sector privado la gestión, más no la función misma que continúa siendo estatal.

La concesión, en su acepción y contenido, ha planteado diversas dificultades en el campo del derecho administrativo cuando se ha procurado definir, en forma precisa y/o unívoca, su alcance jurídico, pues con la misma denominación se tratan y regulan distintas figuras jurídicas, emergentes todas de disposiciones administrativas, pero cuyo concepto, fines, regulación y tratamiento es totalmente distinto e independientes entre unas y otras. Sin embargo, a pesar de ser instituciones o figuras jurídicas bien disímiles, todas tienen una característica común: Confieren a una o más personas extrañas a la organización estatal, un derecho o poder jurídico que antes no poseían pero que es del Estado o que es propio de la administración Pública. Dentro de este grupo de llamadas “Concesiones” deben mencionarse, para diferenciarlas de “las Concesiones” como mecanismo de contratación de gestión estatal, las “concesiones” de licencias o permisos para explotación de bienes públicos como las minas e hidrocarburos, aguas, etc.; la concesión u otorgamiento de licencias de operadores para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones, sean o no domiciliarios; la concesión o permiso para prestación y operación del servicio de transporte público (terrestre, marítimo o fluvial); concesión de permiso de funcionamiento para instituciones financieras; concesión para establecimiento y operación de zonas francas, etc.. Su sola mención ofrece de inmediato la idea clara de que se trata de instituciones totalmente distintas a la Concesión como participación de los particulares en la gestión estatal.

Pero resulta aún más complejo el análisis, pues, además, es preciso anotar que existen diferencias grandes entre las “concesiones” de obra pública y las “concesiones” para la prestación de servicios públicos (cuando no es por iniciativa privada sino por convocatoria del Estado), aunque unas y otras sean expresiones de la contratación de gestión pública. Las diferencias esenciales o de fondo pueden ubicarse, en forma resumida, así:

a. En la finalidad de las mismas: pues al paso que en la de obra se trata en esencia de lograr la construcción, rehabilitación o recuperación y mantenimiento y operación de las obras (vías), aunque, por lo general, deba prestar el servicio por un tiempo como mecanismo de recuperación de su inversión, en la de servicios, el énfasis de la finalidad se orienta exclusivamente hacia la prestación misma del servicio, así tenga que realizar obras para lograrlo (teléfonos, acueductos, energía, plazas de mercado, cementerios, etc.).

b. En aspectos económicos subyacentes: en la concesión de servicios la tarifa constituye retribución o contraprestación por la prestación del servicio mismo, en la concesión de obra el mecanismo de pago puede ser muy diverso y va desde el otorgamiento del derecho al cobro de una tarifa o peaje a los usuarios

como mecanismo de pago de la inversión realizada en la construcción, rehabilitación o mantenimiento, junto con la utilidad esperada, pero las partes del contrato pueden convenir otras muchas modalidades de recuperación de la inversión, como sería el pago por instalamentos periódicos efectuados por la entidad o cualquier otra forma acordada, tal como lo autoriza expresamente el artículo 32, numeral 4°, de la Ley 80 de 1993, cuando expresamente consagra que las obligaciones a cargo del concesionario se compensan “ *a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y, en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden* ”.-

c. En la propiedad: en la concesión de obra el propietario de la misma es siempre el Concedente o entidad pública, por lo cual debe prever la forma de devolución de la tenencia o posesión a la terminación de la concesión (que no reversión de la propiedad pues no ha habido transferencia de la propiedad); por el contrario, en la concesión de servicios puede ser uno u otro el propietario de la infraestructura y, por lo mismo, es indispensable la cláusula de reversión a la finalización de la misma, cuando el propietario es el concesionario.

De conformidad con lo anteriormente expuesto, la doctrina ha definido el Contrato de Concesión de Obra Pública como “el acto por el cual la administración comete a una persona la construcción de una obra pública y la faculta temporalmente para cobrar determinadas sumas a quienes la utilicen, como medio de financiar el costo de aquella. Dos elementos esenciales integran esta definición: a) La Construcción de una obra pública; y, b) La financiación a cargo del concesionario pero repago por los terceros usuarios mediante el pago de una suma, denominada corrientemente peaje. El segundo elemento distingue claramente la concesión del contrato de obra pública, porque en éste la retribución del contratista consiste en un precio”.<sup>29</sup> En la definición transcrita, serán las modalidades de financiación de la obra y de retribución del contratista las que tipifiquen la concesión de obra pública, distinguiéndola del mero contrato de obra, donde no se encuentran estas alternativas de pago al constructor de la misma.

### **3.2 Su regulación legal**

#### **3.2.1. En la Ley 80 de 1993 y su complemento la Ley 1150 de 2007**

En Colombia, tradicionalmente, el tema ha tenido tratamiento legal y, en tal virtud, el legislador se ha ocupado de definir la concesión de obra pública por norma positiva. Ya lo había hecho el Decreto 222 de 1983 (artículo 102), y actualmente la Ley 80 de 1993 - Estatuto General de Contratación de la Administración Pública -, al mencionar algunos de los contratos estatales, define genéricamente la concesión -de servicio y de obra- en los siguientes términos:

<sup>29</sup> SAYAGUES LASO, Enrique. Tratado de Derecho Administrativo, Montevideo, 1959, No. 559.

#### **"4. Contrato de concesión**

"Son contratos de concesión los que celebran las entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación, explotación o conservación, total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual, y en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden."<sup>30</sup>

Y son contratos de obra pública, de acuerdo con el estatuto contractual vigente, aquellos

"que celebren las entidades estatales para la construcción, mantenimiento, instalación y, en general, para la realización de cualquier otro trabajo material sobre bienes inmuebles, cualquiera que sea la modalidad de ejecución y pago."<sup>31</sup>

Es así como de conformidad con la citada disposición legal, el elemento que realmente tipifica la concesión de obra pública en Colombia y la distingue del típico contrato de obra es el factor de financiación de la obra por cuenta del concesionario, su repago por el usuario o beneficiario de la obra a largo plazo y ese margen de riesgo empresarial asumido por el concesionario por la gestión directa suya y no a nombre de la entidad concedente.

La regulación de la Ley 80 de 1993 en la actualidad se encuentra complementada con las disposiciones de la Ley 1150 de 2007, en general, pero en forma específica por los artículos 27 y 28 relativos a la prórroga de los contratos de concesión<sup>32</sup>. En cuanto a la definición de los contratos de concesión, nada modificó o agregó esta Ley a las previsiones contenidas en la Ley 80 de 1993.

Históricamente, el instituto de la concesión encuentra su justificación en la incapacidad financiera del Estado para acometer la construcción de obras públicas. La iliquidez estatal lo llevó a apelar al capital privado para que éste asumiera en su nombre las funciones de servicio público a su cargo.

Es este el concepto que ha informado a la doctrina nacional y extranjera en el intento de definir la concesión de obra pública y establecer los linderos de la responsabilidad del concesionario frente al riesgo que asume con la celebración del contrato. Múltiples han sido los ensayos en esta materia, pero todos descansan sobre un común denominador: El concesionario tendrá a su cargo la construcción y explotación de la obra por su cuenta y riesgo y como

---

<sup>30</sup> Artículo 32, numeral 4, Ley 80 de 1993

<sup>31</sup> Artículo 32, numeral 1, Ley 80 de 1993.

<sup>32</sup> Estas normas no se encontraban vigentes cuando se inició el proceso de licitación y de contratación de las obras objeto del contrato al cual se refiere este proceso arbitral, por lo cual no tendrán aplicabilidad en el análisis de la controversia y definición de la misma mediante Laudo.

contrapartida se le otorga al contratista, no sólo el derecho a construir la obra sino la explotación económica de la misma, con exclusión de terceros en esa actividad, a modo de privilegio -que no de monopolio-, por un plazo precisamente determinado con el fin exclusivo de que recupere la inversión del capital destinado a la obra, y de esta forma, igualmente se garantice la utilidad que lo movió a celebrar el contrato.

El derecho español, siguiendo el derecho francés, ha concebido y desarrollado a nivel normativo el problema de la asunción de riesgos por el contratista en la Concesión de Obra pública, como el elemento esencial del contrato, únicamente morigerado por el principio del equilibrio contractual, que igualmente opera en este contrato, en tanto su objeto versa sobre el dominio público, su explotación y su destinación exclusiva a la prestación de un servicio público, que hace converger en un mismo objetivo la concesión de obra pública y la de servicio público, en tanto que la explotación de aquella con fines de remuneración al contratista siempre constituirá así mismo, la prestación de un servicio público a cargo del Estado. Sólo que la equivalencia prestacional que debe, por mandato legal, mantenerse en el contrato, deberá medirse, en el contexto de las obligaciones libremente asumidas por las partes y en la asunción contractual del riesgo de ejecución y explotación económica de la obra pública objeto del contrato.

El profesor COLMEIRO<sup>33</sup> entiende que “el efecto de toda concesión es imponer a un particular o compañía la obligación de construir y conservar a su cuenta y riesgo tal obra pública, otorgándole, por un tiempo determinado cierto privilegio relativo al uso general que comúnmente consiste en la cobranza de los derechos de tránsito, con cuyo producto reembolsa el capital y percibe sus intereses.”

Por su parte, JUAN FRANCISCO MESTRE DELGADO<sup>34</sup>, señala que “De esta manera se justifica el origen de la concesión de servicio público en la obra pública, ya que según la Ley General de 1877, y sus antecedentes, la individualización de la concesión se produce al finalizar la construcción de una obra pública. No es más que la consecuencia lógica de la caracterización del propio servicio público, concepto estrechamente vinculado al de obra pública, y de la circunstancia de concebir la financiación de una obra pública como una operación de crédito realizada por los particulares con la contraprestación de explotar, en favor del público, la obra ya construida. En definitiva, se ha podido afirmar que el servicio público es la obra pública en explotación.”

### **3.2.2. En la Ley 105 de 1993 (Modificada parcialmente por la Ley 276 de 1996)**

Debe destacarse dentro del contexto de la Ley 105 que en ella se regulan dos tipos de concesiones: la primera, sobre el servicio público de transporte, esto

<sup>33</sup> COLMEIRO. M. Derecho Administrativo Español, 2ª. Edic., 1858, T. II, pp. 40 y ss.

<sup>34</sup> MESTRE DELGADO, Juan Francisco, La Extinción de la Concesión de Servicio Público. Distribuciones de La Ley S.A. 1992, pp. 26, Madrid.



es sobre la actividad transportadora en servicio de la comunidad usuaria; y la segunda, la concesión de obra pública para la construcción, rehabilitación y/o mantenimiento de la infraestructura del transporte, dentro de la cual está la malla vial o infraestructura vial. Es, como se mencionó atrás, la consagración expresa en el sector transporte, de dos figuras jurídicas diferentes, aunque con idéntica denominación.

En el tema específico de infraestructura de transporte, esto es de la segunda modalidad de concesión prevista en el Estatuto, la Ley 105 de 1993, que en su condición de ley especial debe tener aplicación prevalente en la materia, no consagró una definición expresa del contrato de concesión de obra pública, razón por la cual, deberá acudirse en esta materia a la definición legal contenida en la Ley 80 de 1993 (artículo 32), ley general de contratación estatal.

Los artículos 30 a 40 de la Ley 105 sancionada en 1993 se refieren al contrato de concesión. De esta normativa se destacan las siguientes particularidades introducidas al concepto tradicional de concesión.

La Ley 105 de 1993 atribuye a la Nación y a las entidades territoriales (departamentos, distritos y municipios), la construcción y la conservación de todos y cada uno de los componentes de su propiedad (artículo 19), atribución de la que derivan su competencia para “en forma individual o combinada, o a través de sus entidades descentralizadas del sector de transporte, otorgar concesiones a particulares para la construcción, rehabilitación y conservación de proyecto de infraestructura vial.”, de conformidad con lo establecido en el artículo 30 de la mencionada ley.

Igualmente, el legislador -en el mismo artículo 30- y como método de recuperación de la inversión del contratista - concesionario, otorga a la Nación, los departamentos, los distritos y los municipios la facultad de establecer peajes y/o valorización. De todos modos, “la fórmula para la recuperación de la inversión quedará establecida en el contrato y será de obligatorio cumplimiento para las partes.”, la que no podrá ser variada sin el consentimiento del concesionario.

Es tan exigente esta previsión que la misma ley únicamente permite a la administración contratante el ejercicio de las facultades excepcionales de interpretación, modificación y terminación unilaterales del contrato, “mientras el concesionario cumple con la obligación de las inversiones de construcción y rehabilitación a las que se comprometió en el contrato” (art 32), implicando con ello, que el ejercicio de dichas potestades está prohibido durante la operación de la obra pública terminada, puesto que de permitirse se estaría habilitando al ente público contratante para modificar unilateralmente la fórmula de recuperación o retorno de la inversión que se iniciará precisamente en la etapa de operación.

De esta forma, actualmente la ley protege la inversión del contratista, garantizando en el contrato la estabilidad o permanencia de la fórmula de recuperación pactada, la que incluso escapa al ejercicio de las potestades

excepcionales de la administración, en cuanto el mismo legislador sustrajo de estas facultades la posibilidad de modificación unilateral por parte de la administración contratante.

En el mismo sentido, debe destacarse la facultad legal otorgada a la Nación, departamentos, distritos y municipios de “aportar partidas presupuestales para proyectos de infraestructura, en los cuales, de acuerdo con los estudios, los concesionarios no puedan recuperar la inversión” (parágrafo 1, artículo 30) Y sólo cuando el concesionario haya recuperado la inversión realizada, podrá el ente estatal contratante recuperar la suya con los ingresos provenientes de la operación de la obra. Así lo dispone el parágrafo 3 del artículo 30 en comentario, que ordena destinar los ingresos generados por la operación de la obra concesionada “en su totalidad” al concesionario privado, con la precisa finalidad de que éste obtenga el retorno del capital invertido en el plazo contractual.

Por otra parte, el artículo 33 de la Ley 105, faculta al ente público contratante para “establecer garantías de ingresos mínimos” al concesionario, utilizando recursos de su propio presupuesto. Y como contrapartida a esta atribución, prevé, en guarda del interés público que anima el contrato, “que cuando los ingresos sobrepasen un máximo, los ingresos adicionales podrán ser transferidos a la entidad contratante a medida que se causen, ser llevados a reducir el plazo de la concesión, o utilizados para obras adicionales dentro del mismo sistema vial.”

Adicionalmente, el artículo 31 de la Ley 105, modifica la Ley 80 de 1993 en materia de fiducia mercantil. El numeral 5° del artículo 32 del Estatuto Contractual, en forma perentoria prohíbe “transferencia de dominio sobre bienes o recursos estatales” o la constitución de patrimonios autónomos distintos del propio de la entidad pública contratante”; y el artículo 31 de la Ley 105, en oposición a lo dispuesto por el 32 de la Ley 80, permite la constitución de patrimonios autónomos con recursos estatales, como son los ingresos provenientes o bien de los aportes de las entidades para el proyecto (autorizados por la misma ley 105) y/o de la operación de la obra pública en concesión. En efecto, prescribe la norma mencionada:

“Con el fin de garantizar las inversiones internas necesarias para la financiación de proyectos de infraestructura, los concesionarios podrán titularizar los proyectos, mediante patrimonios autónomos, manteniendo la responsabilidad contractual.”

Por otra parte, de conformidad con el parágrafo 2° del artículo 30 de la Ley 105, los contratos de concesión y de fiducia pública que se celebraren a partir de la promulgación de la Ley 80 de 1993 y regulados por ella -reseñados en el inciso segundo del artículo 81 del Estatuto Contractual<sup>35</sup>-, si bien se someten

<sup>35</sup> “**Artículo 81.- De la derogatoria y de la vigencia.-** (...) A partir de la promulgación de la presente ley entrarán a regir el parágrafo del artículo 2°; el literal l) del numeral 1° y el numeral 9° del artículo 24; las normas de este estatuto relacionadas con el contrato de concesión; el numeral 8° del artículo 25; el numeral 5° del artículo 32, sobre fiducia pública y encargo fiduciario; y los artículos 33, 34, 35, 36, 37 y 38, sobre servicios y actividades de telecomunicaciones.” (Ley 80 de 1993).

en su formación a lo dispuesto en su prescriptiva, “no estarán sujetos a lo previsto en el numeral 4 del artículo 44 y el inciso 2° del artículo 45 de la citada ley.”<sup>36</sup> Esta expresa sustracción de los referidos contratos a la aplicación de la normativa contenida en las mencionadas disposiciones, implica que en caso de encontrarse viciados de nulidad los citados contratos, por haberse celebrado con violación de la Constitución o la ley, o con personas incursas en alguna de las causales de incompatibilidad o inhabilidad consagradas por el legislador, o por resultar nulos los actos administrativos que le sirvieron de fundamento a la contratación, no es dable darlo por terminado y liquidarlo en el estado en que se encuentre, previa decisión judicial sobre el particular, como lo ordena el artículo 45 inciso segundo de la ley 80/93, sino que a discreción podrá continuar con su ejecución.

### **3.2.3. Los Contratos de Concesión de Obra Pública en proyectos de transporte masivo, según la Ley 105 de 1993**

De conformidad con el artículo 1° de la Ley 105 de 1993,

“Conforman el Sistema Nacional de Transporte, para el desarrollo de las políticas de transporte, además de los organismos indicados en el inciso anterior, los organismos de tránsito y transporte, tanto terrestre, aéreo y marítimo e **infraestructura de transporte de las entidades territoriales**, y demás dependencias de los sectores central y **descentralizado de cualquier orden**, que tengan funciones relacionadas con esta actividad”.

Por su parte, el artículo 17 de la citada Ley 105, dispone:

“**Integración de la infraestructura distrital y municipal de transporte.** Hacen parte de la infraestructura distrital y municipal de transporte, las vías urbanas, suburbanas y aquellas que sean propiedad del Municipio, (...), en la medida que sean de su propiedad o cuando éstas les sean transferidas”.

Es decir, la propia ley previó el sistema de transporte y la infraestructura municipal del transporte, como una parte del sistema nacional del transporte y de la infraestructura del transporte y, por lo mismo, previó la aplicabilidad de sus disposiciones antes señaladas también a los proyectos de desarrollo de la infraestructura vial y de transporte municipal.

En virtud de las Leyes 86 de 1989 y 310 de 1997, el legislador dictó normas especiales sobre la financiación o financiamiento para el desarrollo del “Sistema de Servicio Público Urbano de Transporte Masivo de Pasajeros”, sin limitar en forma alguna la aplicabilidad a este sistema e infraestructura de las disposiciones generales señaladas en la Ley 105. Por lo mismo, las reflexiones

<sup>36</sup> “**Artículo 44.- De las causales de nulidad absoluta.-** Los contratos del Estado son absolutamente nulos en los casos previstos en el derecho común, y, además, cuando: 1. Se celebren con personas incursas en causales de inhabilidad o incompatibilidad previstas en la Constitución y la ley; 2. Se celebren contra expresa prohibición constitucional o legal; (...) 4. Se declaren nulos los actos administrativos en que se fundamenten.” (Ley 80 de 1993).

“**Artículo 45.-** (...) En los casos previstos en los numerales 1°, 2° y 4° del artículo anterior, el jefe o representante legal de la entidad respectiva deberá dar por terminado el contrato mediante acto administrativo debidamente motivado y ordenará su liquidación en el estado en que se encuentre.” (Ley 80 de 1993).

y análisis efectuados son aplicables, igualmente, a los proyectos que desarrollen sistemas de transporte masivos de pasajeros.

El artículo 2° de la Ley 86, definió el sistema de transporte masivo de pasajeros, así:

“Para efectos de la presente ley<sup>37</sup> se define como sistema de servicio público urbano de transporte masivo de pasajeros el conjunto de predios, equipos, señales, paraderos, estaciones e infraestructura vial utilizados para satisfacer la demanda de transporte en un área urbana por medio de transporte sobre rieles, u otro modo de transporte”. (Las negrillas no son del texto original).

**B. LA CELEBRACIÓN DE LOS ACUERDOS, CONTRATOS O NEGOCIOS JURÍDICOS O EL OTORGAMIENTO DE LOS ACTOS RELACIONADOS CON LA LICITACIÓN PÚBLICA NO. IDU-LP-DTC-001-2003 PARA LA EJECCIÓN DEL PROYECTO POR PARTE DE LAS SOCIEDADES ESTYMA S.A., CONCA Y S.A., ARQUITECTOS E INGENIEROS ASOCIADOS S.A., CONSTRUCTORA INECON-TE LTDA., INCOEQUIPOS S.A., Y VARGAS VELANDIA LIMITADA**

**1. EL PRIMER ACUERDO CONSENSUAL**

Abierta la Licitación Pública No. IDU-LP-DTC-001-2003, que permitía la participación de proponentes plurales, las Sociedades **ESTYMA S.A., CONCA Y S.A., ARQUITECTOS E INGENIEROS ASOCIADOS S.A., CONSTRUCTORA INECON-TE LTDA., INCOEQUIPOS S.A., y VARGAS VELANDIA LIMITADA**, acordaron participar en la Licitación como proponentes Plurales y resolvieron hacerlo constituyendo dos grupos de Consorcios. Dicho acuerdo fue consensual y de él no se dejó escrito alguno.

**2. LOS ACUERDOS CONSORCIALES: CONSORCIO ALIANZA SUBA Y CONSORCIO ALIANZA SUBA – TRAMO II**

En virtud del acuerdo consensual ya logrado, con fecha 9 de junio de 2003, las Sociedades **CONCA Y S.A., CONSTRUCTORA INECON-TE LTDA, ESTYMA ESTUDIOS Y MANEJOS S.A. ESTYMA S.A., INCOEQUIPOS INGENIERIA Y CONSTRUCCIÓN Y EQUIPOS S.A. INCOEQUIPOS S.A. y VARGAS VELANDIA LTDA.**, constituyeron el **CONSORCIO ALIANZA SUBA** para los efectos de la presentación de la Oferta para el Tramo 1 dentro de la Licitación Pública No. **IDU-LP-DTC-001-2003**, convocada por el IDU, el cual se rigió por el **Acuerdo Consorcial** celebrado entre tales Sociedades.

En esa misma fecha, igualmente, las Sociedades **ARQUITECTOS E INGENIEROS ASOCIADOS S.A. (AIA S.A.), CONCA Y S.A., CONSTRUCTORA INECON-TE LTDA y ESTYMA ESTUDIOS Y MANEJOS S.A. ESTYMA S.A.**, constituyeron el **CONSORCIO ALIANZA SUBA - TRAMO II**, para los efectos de

<sup>37</sup> Financiamiento del sistema de servicio público urbano de transporte masivo de pasajeros.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO DE  
ESTYMA S.A., CONCAY S.A., ARQUITECTOS E INGENIEROS ASOCIADOS S.A., CONSTRUCTORA INECON-TE LTDA e  
INCOEQUIPOS S.A. Vs. VARGAS VELANDIA LTDA (XIE S.A.)

la presentación de la Oferta para el Tramo 2 dentro de la Licitación Pública No. **IDU-LP-DTC-001-2003**, convocada por el IDU, el cual se rige por el **Acuerdo Consorcial** celebrado entre tales Sociedades y el cual constituye el Anexo 2 del **ACUERDO** al que se hará referencia en la sección siguiente.

En el Acuerdo Consorcial se determinó que las Partes, para los efectos de la Licitación y del Contrato de Concesión, actuarían conforme a las siguientes participaciones relativas:

| PARTE                                   | %DE PARTICIPACIÓN |
|---|-------------------|
| ARQUITECTOS E INGENIEROS ASOCIADOS S.A. | 25%               |
| CONCAY S.A.                             | 25%               |
| CONSTRUCTORA INECON-TE LTDA             | 25%               |
| ESTYMA ESTUDIOS Y MANEJOS S.A.          | 25%               |

Las Partes designaron a LUIS FERNANDO CARRILLO CAICEDO como Mandatario quien actúa como Representante Legal Único del CONSORCIO, el cual quedó facultado para representar sin limitación alguna a cada una de las Partes en todo lo relacionado con (i) el período licitatorio y la presentación de la Oferta, y (ii) la suscripción y ejecución del Contrato.

La duración del Consorcio se pactó hasta el 31 de diciembre de 2015, pero se señaló que las partes lo pueden terminar antes siempre y cuando a la fecha de terminación se hubiere cumplido con las obligaciones del Consorcio, incluyendo sin limitación todas las obligaciones del Consorcio frente al IDU y/o TRANSMILENIO derivadas de la Oferta y el Contrato.

Igualmente se pactó que la responsabilidad de los integrantes del Consorcio para todas las obligaciones derivadas de la Oferta y el Contrato es solidaria, según lo dispuesto en el artículo 7 de la Ley 80 sancionada en 1993.

### **3. LA CELEBRACIÓN DEL DENOMINADO “ACUERDO” PARA REGULAR LAS RELACIONES DE LAS SOCIEDADES QUE EMPEZARON A DENOMINARSE GRUPO ALIANZA SUBA**

Cumplido lo anterior, el 12 de junio de 2003, interesadas y resueltas a participar conjuntamente en la citada Licitación Pública No. **IDU-LP-DTC-001-2003**, convocada por el IDU, las sociedades **ESTYMA S.A., CONCAY S.A., ARQUITECTOS E INGENIEROS ASOCIADOS S.A., CONSTRUCTORA INECON-TE LTDA., INCOEQUIPOS S.A., y VARGAS VELANDIA LIMITADA - HOY XIE S.A.-**, suscribieron el documento denominado **“ACUERDO”**, “para regular íntegramente sus relaciones en todo lo atinente con (i) la presentación de las propuestas en curso de la Licitación, y (ii) en caso de ser adjudicada la Licitación, la financiación y ejecución de las Obras, y en general la ejecución de los Contratos de Concesión”, según se lee en el considerando (c).

En tal virtud, “las Partes con el ánimo de quedar legalmente obligadas”, pactaron, lo siguiente:

**“SECCIÓN 2. Objeto.** El objeto del presente Acuerdo es fijar los términos y condiciones a los cuales se sujetan las Partes, en relación con (i) la participación en la Licitación como Proponente Plural, mediante la constitución de los Consorcios Alianza Suba (tal como este término se define más adelante), (ii) si es adjudicada uno o los dos Tramos la Licitación a uno o los dos Consorcios Alianza Suba, (A) la consecución de la financiación para la ejecución de las Obras y cumplimiento de (los) Contrato(s) de Concesión, lo que incluye la constitución de garantías respectivas, (iii) la distribución entre las Partes de los flujos de caja libre que resulten de los pagos que se hagan a los Fideicomisos conforme a lo previsto en los Contratos de Concesión, y (iv) la asignación de responsabilidades a cada una de las Partes en la ejecución de (los) Contrato(s) de Concesión y las Obras.”

El Acuerdo señaló distintas clases de obligaciones, las cuales se clasificaron así:

### **3.1. Las obligaciones de las partes desde la firma del Acuerdo hasta el momento de la presentación de las propuestas para la Licitación.**

Ellas fueron, entre otras, las siguientes:

#### **3.1.1. Constitución de los Consorcios Alianza Suba**

Las Sociedades reiteraron el acuerdo de constituir los siguientes consorcios Alianza Suba para los efectos de la presentación de las Ofertas para los Tramos 1 y 2 dentro de la Licitación Pública No. **IDU-LP-DTC-001-2003**, convocada por el IDU, los cuales ya se habían constituido el 9 de junio del mismo año, según los acuerdos consorciales a los que se ha hecho referencia en el numeral 2 anterior.

**3.1.1.1. “CONSORCIO ALIANZA SUBA”.** Para tal efecto, las Sociedades **CONCAV S.A., CONSTRUCTORA INECON-TE LTDA, ESTYMA ESTUDIOS Y MANEJOS S.A. ESTYMA S.A., INCOEQUIPOS INGENIERIA Y CONSTRUCCIÓN Y EQUIPOS S.A. INCOEQUIPOS S.A. y VARGAS VELANDIA LTDA.**, habían suscrito el 9 de junio de 2003 el documento que contenía el **Acuerdo Consorcial** mediante el cual ya habían constituido el denominado **“CONSORCIO ALIANZA SUBA”**, el que entonces se adjuntó como Anexo 1 al citado Acuerdo.

**3.1.1.2. “CONSORCIO ALIANZA SUBA – TRAMO II”.** Para tal efecto, las Sociedades **ARQUITECTOS E INGENIEROS ASOCIADOS S.A. (AIA S.A.), CONCAV S.A., CONSTRUCTORA INECON-TE LTDA y ESTYMA ESTUDIOS Y MANEJOS S.A. ESTYMA S.A.**, habían suscrito el 9 de junio de 2003 el documento que contenía el **Acuerdo Consorcial** mediante el cual ya habían constituido el denominado **“CONSORCIO ALIANZA SUBA – TRAMO II”**, el que entonces se adjuntó como Anexo 2 al citado Acuerdo.

Uno y otro se denominaron los **“Consortios Alianza Suba”**.

No obstante las participaciones que se establecieron en los “Consortios Alianza Suba”, quedó expresamente acordado y entendido que las Partes estarían y

quedarían obligadas a cumplir con los porcentajes de participación en la distribución de los flujos de caja libre que se previeron en la Sección 7.1 del citado Acuerdo.

Así mismo quedó expresamente acordado y entendido que las partes harían sus mejores esfuerzos para que, si fuere el caso, procurar que el IDU aceptara tan pronto como fuera posible después de la adjudicación de la Licitación, que las seis partes participaran en los Consorcios Alianza Suba con las participaciones previstas en la Sección 7.1, para lo cual las Partes, si fuere necesario y aconsejable, mediando previa autorización del IDU, podrían constituir las sociedades que se requirieran donde participaran las partes en el capital social con las participaciones ya indicadas.

### **3.1.2. Preparación de las propuestas para la Licitación**

Las Partes colaborarían de buena fe y harían sus mejores esfuerzos (lo que incluía asumir individualmente los costos que fueran razonablemente necesarios) para preparar y presentar en tiempo dos propuestas, así: (i) una para el Consorcio Alianza Suba, que correspondía al Tramo 1 de las obras; y, (ii) Otra para el Consorcio Alianza Suba Tramo II, que correspondía al Tramo 2 de las obras. Sin limitar la generalidad de lo anterior, se acordó que las partes asumirían en las proporciones previstas en la Sección 7.1. del citado Acuerdo, el costo de constituir las pólizas de seguros y garantías que fueran necesarias para presentar las propuestas en la Licitación.

### **3.1.3. Presentación de objeciones y defensa de objeciones**

Las partes colaborarían de buena fe y harían sus mejores esfuerzos (lo cual incluía asumir individualmente los costos que fueran razonablemente necesarios en los términos de la Sección 7.5 del citado Acuerdo) para preparar y presentar en tiempo las objeciones a que hubiere lugar a las propuestas presentadas por los otros proponentes en la Licitación, así como preparar y presentar en tiempo las defensas frente a objeciones que los otros proponentes de la Licitación presentaran en contra de las propuestas presentadas a nombre de los Consorcios Alianza Suba.

### **3.1.4. Condición resolutoria**

Todas las obligaciones previstas en el citado Acuerdo quedarían resueltas automáticamente, sin responsabilidad alguna de las partes, entre otros, en las siguientes circunstancias y términos:

Si el IDU no adjudicaba el Contrato de Concesión para la realización de las Obras que correspondían al Tramo 1 al Consorcio Alianza Suba, pero sí adjudicaba el Contrato de Concesión para la realización de las obras que correspondían al tramo 2 al Consorcio Alianza Suba Tramo II, todas las obligaciones previstas en relación con el Consorcio Alianza Suba y las Obras del tramo 1 (incluyendo su ejecución, financiación y repartición de utilidades), se terminarían automáticamente sin responsabilidad alguna para las Partes frente a las demás Partes, y se entendería que el citado Acuerdo sólo incluiría

los derechos y obligaciones que se relacionaran con el Consorcio Alianza Suba Tramo II y la ejecución, financiación y repartición de utilidades de las Obras del Tramo 2 y el Contrato de Concesión respectivo.

### **3.2. Las obligaciones de las partes desde la Fecha de Iniciación hasta el Cierre Financiero**

Ellas fueron, entre otras, las siguientes:

#### **3.2.1. Suscripción del Contrato de Fideicomiso**

Para lo cual se pactó que las partes de buena fe harían sus mejores esfuerzos para suscribir el contrato para constituir el fideicomiso para las Obras del Tramo 2, para lo cual seleccionarían a la sociedad fiduciaria a través de un proceso concurrencial, teniendo en cuenta factores de precio, experiencia, capacidad técnica y operativa, y solidez. El contrato de fideicomiso tendría las cláusulas obligatorias según lo previsto en el Contrato de Concesión.

#### **3.2.2. Estructuración de la financiación**

Para lo cual en la Sección 4.2 se pactó que la estructuración de la financiación de las obras que le correspondería realizar al Consorcio serían diseñadas con el concurso de un Asesor Financiero<sup>38</sup> contratado al efecto por las Partes y se definió que, salvo que mediara una justificación plenamente comprobada, las Partes se obligarían a seguir las recomendaciones del Asesor Financiero en relación con el diseño de la estructuración de la financiación de las obras y la ejecución de los Contratos de Concesión. No obstante, sobre el tema quedó expresamente acordado y entendido que:

- El deudor frente a los potenciales prestamistas sería el respectivo Fideicomiso, y por lo tanto, todos los desembolsos de préstamos que se hicieran en curso de la financiación de las Obras y la ejecución del Contrato de Concesión, serían realizados directamente al Fideicomiso.
- Los fondos para pagar el capital y los intereses de los préstamos otorgados en curso de la financiación de las obras, se tomarían única y exclusivamente de las sumas de dinero que correspondieran a los pagos que se le hicieran al Fideicomiso en ejecución del Contrato de Concesión.

<sup>38</sup> De conformidad con la Definición hecha en el Pliego de Condiciones de la Licitación IDU-LP-DTC-001-2003, el Asistente Financiero “Es el tercero diferente del Proponente o del Proponente Plural, que concurre con cualquiera de éstos para efectos de la acreditación de la experiencia en consecución de financiación en los términos previstos en este Pliego. Aunque el Asistente Financiero no se encuentra asociado con el Proponente bajo ninguna de las figuras previstas en la ley 80 de 1993, ni hace parte de un Proponente Plural, asistirá al Proponente en caso de resultar Adjudicatario de la presente Licitación para la consecución de la financiación necesaria para adelantar la ejecución del (los) Tramo(s) del Proyecto Total que le sea(n) adjudicado(s) y por lo tanto, será solidariamente responsable con el Concesionario en el cumplimiento de la obligación de obtener el cierre financiero en los términos señalados en el numeral 5.1.2. de la Cláusula 5 de los Contratos de Concesión”. En aceptación de tal solidaridad, el Asistente Financiero debía suscribir la Carta de Presentación de la Propuesta.



- Las partes no tendrían responsabilidad alguna, ni directa, indirecta o subsidiariamente, ya sea a título de deudores, garantes o avalistas, por el pago del capital e intereses de la financiación que se concediera para realizar las Obras y la ejecución del Contrato de Concesión.

- Cualquier pago que debiera realizar directamente el Consorcio Alianza Suba – Tramo II antes de la fecha del Cierre Financiero, conforme a lo previsto en el Contrato de Concesión, sería asumido directamente por las Partes en las proporciones indicadas en la Sección 7.1 del Acuerdo. Para la consecución de estos fondos, cada una de las Partes podría constituir sobre sus propios bienes los gravámenes y cauciones que considerara conveniente y/o necesario. No obstante lo anterior, quedó expresamente acordado y entendido que si una Parte no quisiera o no pudiese realizar, total o parcialmente el pago proporcional que le correspondía según lo previsto en esta Sección, todas o algunas de las demás Partes podrían asumir el pago de las sumas que faltaren, y en tal caso, las Partes que realizaran dicho pago tendrían derecho a acrecer su participación según lo previsto en la Sección 7.1, en la parte proporcional que se determinó por referencia a la parte del pago que asumiera cada una de las partes que realizaran los pagos faltantes.

Todas las anteriores previsiones surgieron de la Licitación y del Contrato de Concesión que, naturalmente, no podían prever aún que más adelante habría necesidad de obtener una mayor financiación para la ejecución total de las obras como ocurrió, motivo por el cual esta última financiación no tiene una regulación específica en ninguno de los contratos que fueron firmados por todas las sociedades participantes en el proyecto.

### **3.3. Las obligaciones durante las Etapas de Preconstrucción, Construcción y de Mantenimiento**

Durante estas Etapas, las Partes, a través del Consejo Directivo, se obligaron a:

#### **3.3.1. Distribuir mediante la adjudicación de subcontratos los trabajos de las Obras entre las Partes.**

De tal manera que a cada una de las Partes le correspondería realizar un sexto (1/6) de todos los trabajos susceptibles de ser subcontratados que conformaban las Obras, para lo cual los precios no podrían ser mayores a los precios asignados a las Obras según los valores que se detallaron en el modelo financiero preparado por el asesor financiero para la estructuración de la financiación que al Acuerdo se adjuntó como Anexo 4, Modelo Financiero; y,

#### **3.3.2. Distribuir los beneficios económicos obtenidos por el “Consorcio Alianza Suba –Tramo II” por la ejecución de los subcontratos para la realización de las Obras de manera proporcional entre las Partes siguiendo los lineamientos de la Sección 7.1.**

No obstante lo anterior, el Consejo Directivo, mediante voto unánime de sus miembros, podría subcontratar con terceros los trabajos que componían las Obras, en cuyo caso los precios de tales subcontratos no podrían ser mayores a los precios asignados a las Obras según tales valores se detallaron en el Modelo Financiero. En caso de subcontratación de las obras con terceros, los respectivos subcontratistas deberían ser seleccionados mediante procesos concursionales teniendo en cuenta factores de precio y calidad técnica de sus propuestas.

### **3.4. La administración y dirección del “Consortio Alianza Suba - Tramo II”. Consejo Directivo y Comités**

La administración y dirección del “Consortio Alianza Suba - Tramo II”, correspondería a un **Consejo Directivo**, el cual se conformaría, reuniría, deliberaría y decidiría, entre otras, conforme a las siguientes reglas:

#### **3.4.1. Integración.**

Por un representante de cada una de las Partes (cada uno con un suplente personal), las cuales, cada una, tendría derecho a un voto.

#### **3.4.2. Decisiones.**

Por regla general, el Consejo decidiría mediante el voto de un número plural de representantes de las Partes que representara la mayoría simple de las Partes que estuvieran representados en la respectiva reunión. Las decisiones así tomadas obligarían a las Partes ausentes y disidentes. No obstante, las siguientes decisiones requerían de mayorías especiales:

a. Cualquier decisión para que las Partes comprometieran su responsabilidad directa a título de deudor, garante o avalista, frente a los prestamistas que concedieran la financiación de las obras, sólo obligaría a las Partes que así lo aprobaran. No obstante, quedó entendido que salvo pacto expreso en contrario de todas las Partes, y en la medida que fuere necesario para alcanzar el Cierre Financiero, cuando una de las partes no quisiera o no pudiese ofrecer garantías directas a los prestamistas que concedían la financiación de las obras, las partes que sí constituyeren tales garantías tendrían derecho a acrecer su participación en los términos de la Sección 4.2 (d) del Acuerdo.

b. Cualquier decisión de iniciar acciones en nombre del Consortio Alianza Suba – Tramo II contra alguna de las Partes por incumplimiento de sus obligaciones bajo cualquier subcontrato que llegare a celebrar con el Consortio Alianza Suba – Tramo II, requería del voto unánime de las demás Partes.

El Consejo Directivo podría nombrar de su seno los siguientes Comités, cada uno de los cuales serían integrados por tres (3) representantes de las partes, los cuales decidirían sobre los asuntos que le delegara el Consejo Directivo mediante el voto de por lo menos dos (2) de sus integrantes que representen. Una parte podría estar representada en más de un Comité:

### **3.4.3. Comité Técnico**

El cual tenía a su cargo la evaluación, estudio y decisión de modificaciones y aprobación de diseños, sistemas constructivos, compras de materiales y en general todos los aspectos técnicos relacionados con la ejecución de los trabajos.

### **3.4.4. Comité Financiero**

El cual tendría a su cargo la evaluación, estudio y decisión de suscripción de créditos, pagos y proveedores, aportes de capital de las Partes, repartición de dividendos y en general todos los aspectos relacionados con el manejo de los recursos financieros relacionados con la ejecución de los trabajos.

### **3.4.5. Comité Administrativo**

El cual tendría a su cargo la evaluación, estudio y decisión de políticas administrativas, contratación de personal, manejo de contabilidad, reportes de la Obra a las Partes y en general todos los aspectos administrativos relacionados con la ejecución de los trabajos.

## **3.5. Los representantes del Consorcio Alianza Suba – Tramo II**

Según lo acordaron las Partes, serían Luis Fernando Carrillo Caycedo, como representante principal y, Edgar Portilla Burbano, como representante suplente, los cuales quedaron investidos de las facultades suficientes para la representación sin limitaciones de todos y cada uno de los integrantes del Consorcio, en todos los aspectos requeridos para la presentación de la propuesta y para la suscripción y ejecución del Contrato de Concesión.

## **3.6. Participación en los Gastos y en los Flujos de Caja Libre Distribuibles**

### **3.6.1. Participación.**

Según lo previsto en la Sección 7.1, las Partes reconocieron y aceptaron que su derecho a recibir distribuciones por parte del Fideicomiso estaba subordinado y condicionado a la atención de todos los demás pagos que se debieran hacer contra el Fideicomiso conforme a lo previsto en el Contrato de Concesión y los documentos de la financiación. Bajo el anterior entendido y sin perjuicio al derecho de acrecimiento previsto en la Sección 4.2 (d) del Acuerdo, siempre que cada una de las Partes contribuyera mediante el cabal y puntual cumplimiento de sus obligaciones que le impuso el Acuerdo, y cualquier Subcontrato que suscribieran con el Consorcio Alianza Suba – Tramo II, las Partes recibirían del Fideicomiso las sumas de flujo de caja libre distribuibles conforme a los términos y condiciones del propio Fideicomiso, en las siguientes proporciones:

| PARTE                | PARTICIPACION         |
|----------------------|-----------------------|
| ESTYMA S.A.          | Una sexta (1/6) parte |
| CONCA Y S.A.         | Una sexta (1/6) parte |
| AIA S.A.             | Una sexta (1/6) parte |
| INECON TE LTDA       | Una sexta (1/6) parte |
| VARGAS VELANDIA LTDA | Una sexta (1/6) parte |
| INCOEQUIPOS S.A      | Una sexta (1/6) parte |

### **3.6.2. Condiciones del Fideicomiso.**

Además de lo previsto en la Sección 4 del citado Acuerdo, se pactó que el Contrato de Fideicomiso debía contener las condiciones que aseguraran la distribución de los flujos de caja libre distribuibles en las proporciones que se indicaron en la Sección 7.1

Se pactó que las Partes pueden libremente ceder entre sí los derechos a recibir flujos de caja libre distribuibles, para lo cual basta que se informe de la cesión a la Sociedad fiduciaria que actúa como vocera del Fideicomiso.

Así mismo, se pactó que cada una de las Partes podría dar en garantía de sus propias obligaciones o de terceros, el derecho que tiene a recibir del Fideicomiso distribuciones de sumas correspondientes al flujo de caja libre, conforme a lo previsto en la Sección 7.

Igualmente se pactó que todos y cada uno de los gastos en que se debía incurrir durante el proceso de presentación de la propuesta, evaluación y adjudicación de la Licitación, incluyendo (i) los gastos especificados en el Anexo 3 del Acuerdo, (ii) los gastos que debía sufragar directamente el Consorcio Alianza Suba – Tramo II para la suscripción y ejecución del Contrato de Concesión (distintos de los gastos fondeados con los recursos correspondientes a la financiación de la ejecución de las Obras y la ejecución del Contrato de Concesión), y (iii) los demás gastos que autorice el Consejo Directivo mediante el voto unánime de sus miembros, deben ser asumidos por las Partes en las proporciones indicadas en la Sección 7.1

### **3.7. Responsabilidad de las Partes**

En la Sección del Acuerdo se determinó lo siguiente:

#### **3.7.1. Responsabilidad Solidaria frente al IDU.**

Las Partes que constituyeron el Consorcio Alianza Suba – Tramo II, comprometieron su responsabilidad solidaria frente al IDU en lo relacionado con la ejecución del Contrato de Concesión. En caso de sanciones pecuniarias y/o multas que impusiera el IDU a las partes que constituyeron el Consorcio

Alianza Suba – Tramo II, con ocasión y en razón del Contrato de Concesión, las demás Partes reembolsarían a la Parte que efectivamente pague tales sanciones pecuniarias, las sumas que proporcionalmente le corresponda a cada una de las Partes de acuerdo con los niveles de participación que se detallan en la Sección 7.1 del Acuerdo, de conformidad con las reglas previstas en la Sección 8.

### **3.7.2 Responsabilidad frente a Terceros.**

En caso de condenas por reclamos iniciados por terceros en contra de cualquiera de las Partes, en razón y con ocasión de la ejecución del Contrato de Concesión y/o subcontratos con el Consorcio Alianza Suba II, se pactó que las demás Partes reembolsarán a la Parte que efectivamente pague tales condenas, las sumas que proporcionalmente le corresponda a cada una de las Partes de acuerdo con los niveles de participación que se detallan en la Sección 7.1 del Acuerdo.

### **3.7.3 Limitación de la responsabilidad.**

En cualquier evento en que una Parte deba reembolsarle a otra Parte las sanciones pecuniarias, multas o condenas según lo previsto en las Secciones 8.1. y 8.2 anteriores, la obligación de la Parte que realiza el reembolso está limitada a una suma de dinero que se calcula como el valor presente neto de los flujos de caja que se espera que sean distribuidas a la Parte obligada al reembolso en relación con la ejecución del Contrato de Concesión, según estos valores se detallan en el modelo financiero. No obstante lo anterior, en caso de que las sanciones pecuniarias, multas o condenas de que trata esta Sección se impongan a una de las Partes, por razón o con ocasión de su culpa grave o dolo en el cumplimiento de sus obligaciones bajo el Contrato de Concesión y/o subcontratos que celebre dicha Parte con el Consorcio Alianza Suba II, las demás Partes no tendrán obligación de reembolsar sumas de dinero conforme a lo previsto en las Secciones 8.1 y 8.2 anteriores.

### **3.8. Vigencia del Acuerdo.**

En la Sección 9 se pactó que el Acuerdo está vigente hasta la fecha que ocurra más tarde entre (i) el pago de todas las obligaciones a cargo del Fideicomiso por concepto de capital e intereses de la financiación concedida para la ejecución de las Obras, o (ii) la extinción total de las obligaciones a cargo del Consorcio Alianza Suba – Tramo II bajo el Contrato de Concesión.

### **3.9. La Integridad del Acuerdo.**

Finalmente se pactó que el citado Acuerdo documentaba de manera exhaustiva, exclusiva y excluyente el Acuerdo entre las Partes sobre los temas que constituyen el objeto del mismo y, por lo tanto, reemplaza, sustituye y deja sin efecto cualquier acuerdo verbal o escrito, expreso o tácito, que existiera o

pudiere existir entre las Partes<sup>39</sup>, declaratoria que, a juicio del Tribunal, se entiende hecha hasta ese momento porque, como se verá más adelante, con posterioridad vendrán los demás contratos que servirían para ejecutar definitivamente el proyecto.

De esta manera, cuando las Sociedades **ESTYMA S.A., CONCA Y S.A., ARQUITECTOS E INGENIEROS ASOCIADOS S.A., CONSTRUCTORA INECON-TE LTDA., INCOEQUIPOS S.A.,** y **VARGAS VELANDIA LIMITADA - HOY XIE S.A.-**, suscribieron el Acuerdo del 12 de junio de 2003 para presentar propuestas para los dos tramos de la Licitación y efectuar su participación, era claro que el compromiso abarcaba la obligación de satisfacer íntegramente las obligaciones que se adquirirían derivadas de las exigencias previstas en el Pliego y en el Contrato y, por lo mismo, las reglas particulares previstas por ellas en su Acuerdo interno, partían de que su obligación era asumir la totalidad de las obligaciones derivadas del proyecto, sin perjuicio de las particularidades de las obligaciones mutuas entre ellos acordadas.

No podría concluirse que alguno de los firmantes del Acuerdo de fecha 12 de junio de 2003, tenía obligaciones distintas o menores a las de los demás, pues nunca establecieron diferencias entre las responsabilidades de unos y otros frente al proyecto; por el contrario, siempre previeron la participación por sextas partes en todo.

#### **4. LA PRESENTACIÓN DE OFERTAS POR LOS CONSORCIOS ALIANZA SUBA Y LA ADJUDICACIÓN DE LA LICITACIÓN PÚBLICA No. IDU-LP-DTC-001-2003 PARA EL TRAMO 2**

Los Consorcios **ALIANZA SUBA** y **ALIANZA SUBA-TRAMO II**, presentaron sendas propuestas y participaron en la Licitación Pública No. IDU-LP-DTC-001-2003, para la adjudicación del Tramo 1 como para la adjudicación del Tramo 2, respectivamente. Ambas propuestas fueron elegibles, aceptables, no rechazadas y obtuvieron los puntajes relacionados en las respectivas Resoluciones de Adjudicación.

El 28 de Julio de 2003, mediante la Resolución No. 5648, el Instituto de Desarrollo Urbano IDU adjudicó la Licitación Pública IDU-LP-DTC-001-2003 del Tramo 2 de la Troncal de Transmilenio-Suba, comprendido entre la Calle 127 - A y la Avenida Ciudad de Cali y con ella la Concesión de obra y mantenimiento, al "Consortio Alianza Suba-Tramo II" para la realización por su cuenta y riesgo de las obras necesarias para la adecuación de la Avenida Suba al Sistema Transmilenio y el mantenimiento de la misma por un término de cinco años, adjudicación que se hizo hasta por la suma de DOSCIENTOS VEINTE MIL SEISCIENTOS OCHENTA Y OCHO MILLONES VEINTISEIS MIL

<sup>39</sup> Participó en la estructuración jurídica del proyecto: POSSE, HERRERA & RUIZ. Participó en la estructuración para la financiación del proyecto: HELM FINANCIAR SERVICES, al cual se le pagó: US\$ 10.000 por la estructuración de la Licitación. En caso de adjudicación una comisión de éxito de 1.25% sobre los dineros obtenidos en préstamo y Comisión por mejor esfuerzo: 0.875%.

TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO DE  
ESTYMA S.A., CONCA Y S.A., ARQUITECTOS E INGENIEROS ASOCIADOS S.A., CONSTRUCTORA INECON-TE LTDA e  
INCOEQUIPOS S.A. Vs. VARGAS VELANDIA LTDA (XIE S.A.)

DOSCIENTOS TREINTA PESOS CONSTANTES DE DICIEMBRE DE 2002  
(\$220.688.026.230)<sup>40</sup>, discriminados así:

|  |   |
|--|---|
| Valor de la remuneración principal <sup>41</sup>                                       | Por la suma de<br>\$172.546.965.851         |
| Valor para la remuneración ambiental y de gestión social <sup>42</sup>                 | Hasta por la<br>suma de<br>\$5.286.914.819  |
| Valor para la remuneración por manejo de tráfico, señalización y desvíos <sup>43</sup> | Hasta por la<br>suma de<br>\$6.984.926.694  |
| Valor para la remuneración por las obras para redes <sup>44</sup>                      | Hasta por la<br>suma de<br>\$25.908.495.692 |
| Valor para la remuneración por adecuación de desvíos <sup>45</sup>                     | Hasta por la<br>suma de<br>\$3.544.582.479  |
| Valor para la remuneración para la remuneración  |   |

<sup>40</sup> Este valor se incrementó a \$230.767 millones a precios constantes de diciembre de 2002, incluyendo la ejecución de obras adicionales inicialmente no contempladas.

<sup>41</sup> Según la definición 1.82 del Contrato de Concesión 146-2003, es el valor que remunera enteramente al Concesionario por la ejecución de las obligaciones emanadas del Contrato de Concesión, en los términos, condiciones y plazos contenidos en el mismo, así como por la asunción de los riesgos que, de acuerdo con las estipulaciones del citado Contrato de Concesión y con la naturaleza de sus obligaciones le corresponde soportar./ El valor de esta remuneración y el mecanismo de pago de la misma, es el que se describe en el numeral 14.1 de la CLÁUSULA 14 del Contrato de Concesión./La ejecución de las obligaciones correspondientes a los Componentes de Manejo de Tráfico, Señalización y Desvíos, Labores Ambientales y de Gestión Social, Obras para Redes y Obras de Adecuación de Desvíos, Mayores Cantidades de Obra para Redes, Demoliciones y Mantenimiento cuentan con una remuneración propia, e independiente de la Remuneración Principal, sin perjuicio de la estructura de la oferta presentada por el Concesionario en la Licitación.

<sup>42</sup> Según la definición 1.75 del Contrato de Concesión 146-2003, es la remuneración prevista en el numeral 14.2 de la Cláusula 14 del citado Contrato de Concesión a la cual tiene derecho el Concesionario por el cumplimiento de sus obligaciones contractuales relacionadas con las Labores Ambientales y de Gestión Social. / Los montos y plazos en los cuales debe ser cancelada la Remuneración Ambiental, se encuentran descritos en el mencionado numeral 14.2 de la Cláusula 14 del citado Contrato de Concesión y por lo tanto, no existirá remuneración o reconocimiento adicional por parte del IDU o TRANSMILENIO por concepto de ejecución de obligaciones relacionadas con las Labores Ambientales y de Gestión Social.

<sup>43</sup> Según la definición 1.78 del Contrato de Concesión 146-2003, es la remuneración prevista en el numeral 14.3 de la CLÁUSULA 14 del citado Contrato de Concesión, a la cual tiene derecho el Concesionario por el cumplimiento de sus obligaciones contractuales relacionadas con los Componentes de Manejo de Tráfico, Señalización y Desvíos./ Los montos y plazos en los cuales será cancelada la Remuneración por Manejo de Tráfico, Señalización y Desvíos, se encuentran descritos en el numeral 14.3 de la CLÁUSULA 14 del Contrato de Concesión y por lo tanto, no existirá remuneración o reconocimiento adicional por parte del IDU o TRANSMILENIO por concepto de ejecución de obligaciones relacionadas con los Componentes de Manejo de Tráfico Señalización y Desvíos.

<sup>44</sup> Según la definición 1.81 del Contrato de Concesión 146-2003, es la remuneración prevista en el numeral 14.4 de la CLÁUSULA 14 del citado Contrato de Concesión, a la cual tiene derecho el Concesionario por la ejecución de las Obras para Redes. / El valor de esta remuneración será el equivalente a la multiplicación de las Cantidades de Obras para Redes ejecutadas por el Concesionario y que no resulten imputables a éste, por el valor de los Precios Unitarios para Redes señalados en el Apéndice H del Contrato, sin perjuicio del reconocimiento de las eventuales Mayores Cantidades de Obras para Redes a que hubiere lugar, en los términos señalados en el numeral 14.7 de la CLÁUSULA 14 del Contrato./ El plazo y las condiciones en los cuales será cancelada la Remuneración por Obras para Redes se encuentran descritos en el numeral 14.4 de la CLÁUSULA 14 del Contrato de Concesión.

<sup>45</sup> Según la definición 1.76 del Contrato de Concesión 146-2003, es la remuneración prevista en el numeral 14.5 de la Cláusula 14 del citado Contrato de Concesión, a la cual tiene derecho el Concesionario por la ejecución de las Obras de Adecuación de Desvíos. /El valor de esta remuneración será el equivalente a la multiplicación de las Cantidades de Obra para Adecuación de Desvíos ejecutadas por el Concesionario y que no resulten imputables a éste, por el valor de los Precios Unitarios para Adecuación de Desvíos señalados en el Apéndice H del Contrato, hasta por el valor señalado en el numeral 11.3 de la CLÁUSULA 11 del Contrato. / El plazo y condiciones en las cuales será cancelada la Remuneración por Adecuación de Desvíos, se encuentran descritos en el numeral 14.5 de la CLÁUSULA 14 del Contrato de Concesión.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO DE  
ESTYMA S.A., CONCA Y S.A., ARQUITECTOS E INGENIEROS ASOCIADOS S.A., CONSTRUCTORA INECON-TE LTDA e  
INCOEQUIPOS S.A. Vs. VARGAS VELANDIA LTDA (XIE S.A.)

|   |   |
|---|---|
| por las obras y labores de mantenimiento <sup>46</sup>          | 0                                       |
| Valor para mayores cantidades de obras para redes <sup>47</sup> | Hasta por la suma de<br>\$3.886.274.353 |
| Valor para la remuneración por demoliciones <sup>48</sup>       | Hasta por la suma de<br>\$691.256.419   |
| Valor para mayor permanencia en obra                            | Hasta por la suma de<br>\$590.227.011   |
| Valor para el reembolso por intervenciones de emergencia        | Hasta por la suma de<br>\$1.248.382.912 |
| <b>Valor Total</b>  | <b>\$220.688.026.230</b>                |

Al consorcio ALIANZA SUBA no le fue adjudicada la Licitación para la cual presentó oferta.

En virtud de lo previsto en el numeral 3.4 del Acuerdo, a partir de la adjudicación del Contrato de Concesión al Consorcio Alianza Suba – Tramo II para la realización de las obras que correspondían al Tramo 2 el 28 de Julio de 2003 y en la medida en que el IDU en esa misma fecha no adjudicó el Contrato de Concesión para la realización de las Obras que correspondían al Tramo 1 al Consorcio Alianza Suba, todas las obligaciones previstas en relación con el Consorcio Alianza Suba y las Obras del Tramo 1 (incluyendo su ejecución, financiación y repartición de utilidades), se terminaron automáticamente sin responsabilidad alguna para las Partes frente a las demás Partes.

En consecuencia, a partir del 28 de Julio de 2003 quedó entendido que el citado “Acuerdo” sólo incluye los derechos y obligaciones que se relacionan con el Consorcio Alianza Suba Tramo II y la ejecución, financiación y repartición de utilidades de las Obras del Tramo 2 y el Contrato de Concesión respectivo.

<sup>46</sup> Según la definición 1.79 del Contrato de Concesión 146-2003, es la remuneración prevista en el numeral 14.6 de la CLÁUSULA 14 del Contrato de Concesión, a la cual tiene derecho el Concesionario por el cumplimiento de sus obligaciones contractuales relacionadas con las Obras y Labores de Mantenimiento. / Los montos y plazos en los cuales debe ser cancelada la Remuneración por Mantenimiento, se encuentran descritos en el numeral 14.6 de la CLÁUSULA 14 del Contrato de Concesión y por lo tanto, no existirá remuneración o reconocimiento adicional por parte del IDU o TRANSMILENIO por concepto de ejecución de obligaciones relacionadas con las Obras y Labores de Mantenimiento. / Las obligaciones de resultado del Concesionario y su responsabilidad contenidos en este Contrato, son independientes del valor ofertado por el Concesionario en la Licitación.

<sup>47</sup> Según la definición 1.80 del Contrato de Concesión 146-2003, es la remuneración prevista en el numeral 14.7 de la CLÁUSULA 14 del presente Contrato de Concesión, a la cual tiene derecho el Concesionario por la ejecución de las Mayores Cantidades de Obras para Redes. / El valor de esta remuneración será el equivalente a la multiplicación de las Mayores Cantidades de Obra para Redes ejecutadas por el Concesionario y que no resulten imputables a éste, por el valor de los Precios Unitarios para Redes señalados en el Apéndice H del presente Contrato. / El plazo y las condiciones en los cuales será cancelada la Remuneración por Mayores Cantidades de Obras para Redes se encuentran descritos en el numeral 14.7 de la CLÁUSULA 14 del presente Contrato de Concesión. En todo caso, la Remuneración por Mayores Cantidades de Obra para Redes estará sujeta a la aprobación del IDU previa recomendación del Interventor, en los términos y condiciones establecidos en el numeral 1.52 de la CLÁUSULA 1, así como en la CLÁUSULA 12 del presente Contrato.

<sup>48</sup> Según la definición 1.77 del Contrato de Concesión 146-2003, es la remuneración prevista en el numeral 14.8 de la CLÁUSULA 14 del presente Contrato de Concesión, a la cual tiene derecho el Concesionario por las demoliciones que efectúe sobre las construcciones en los predios entregados por el IDU.



## **5. LA POSIBILIDAD DE CONSTITUIR UN GRUPO CONSTRUCTOR PARA LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO DE CONCESIÓN ADJUDICADO**

Una vez adjudicada la Licitación para el Tramo 2 al Consorcio Alianza Suba Tramo II, se reunió el Consejo Directivo de éste y según consta en el Acta No. 002 del 5 de Agosto de 2003, al analizar el tema de la Fiducia prevista tanto en el Pliego de Condiciones como en el Contrato a celebrarse con el IDU, se planteó la iniciativa de conformar un Grupo Constructor constituido por la totalidad de las sociedades signatarias del Acuerdo celebrado el 12 de Junio de 2003.

A su vez, según consta en el Acta No. 003 del 12 de Agosto de 2003 del Consejo Directivo del Consorcio Alianza Suba - Tramo II", al revisar el tema de la firma del Contrato de Fiducia según los avances de los acuerdos logrados con los bancos para la financiación del proyecto, consta que "respecto de ello se quedó en definitiva aprobar la Modalidad de GRUPO CONSTRUCTOR, ya que tenía clara aceptación por parte de los Bancos y mejor garantía para ellos".

## **6. LA CELEBRACIÓN DEL CONTRATO DE CONCESIÓN No. 146-2003 ENTRE EL IDU Y TRANSMILENIO, POR UNA PARTE Y, POR LA OTRA, EL CONSORCIO ALIANZA SUBA - TRAMO II.**

El 19 de Agosto de 2003 se celebró el Contrato de Concesión No. 146-2003 entre el IDU<sup>49</sup>, por una parte y, por la otra, el Consorcio Alianza Suba - Tramo II, integrado por en cuya Cláusula Segunda se determinó como objeto el siguiente:

### **"Cláusula 2. Objeto.**

El objeto del presente Contrato de Concesión, es el otorgamiento al Concesionario de una concesión para que de conformidad con lo previsto en el numeral 4 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, realice por su cuenta y riesgo, las obras necesarias para la adecuación de la Avenida Suba, en el Tramo comprendido entre la Calle 127-A y la Avenida Ciudad de Cali<sup>50</sup> al Sistema Transmilenio, lo cual incluye las Obras de Construcción requeridas para (i) la rehabilitación, construcción y adecuación de las Calzadas de Transmilenio, (ii) la rehabilitación, construcción y adecuación de las Calzadas de Tráfico Mixto, (iii) la rehabilitación, construcción y/o adecuación de las zonas de espacio público y (iv) la construcción, rehabilitación, y/o adecuación de Estaciones y Puentes Peatonales.

Así mismo, el Concesionario ejecutará las Obras para Redes previstas en el listado y descripción de obras del Apéndice C necesarias para la rehabilitación, reubicación,

<sup>49</sup> También lo suscribió TRANSMILENIO S.A., exclusivamente en su calidad de aportante de los recursos destinados a la remuneración de las obligaciones del Concesionario, según se establece en este Contrato y en el Convenio Interadministrativo de Cooperación No. 020 del 20 de septiembre de 2001 suscrito entre TRANSMILENIO y el IDU.

<sup>50</sup> Es el Tramo 2 de la Avenida Suba entre la Calle 127A y la Avenida Ciudad de Cali, el cual tiene una longitud de 5.1 Kms. La obra se dividió en 3 Subtramos.

renovación y construcción de las redes y/o accesorios de servicios públicos domiciliarios que sea necesario ejecutar de acuerdo con las previsiones contenidas en dicho apéndice, así como las Obras de Adecuación de Desvíos una vez ejecutadas las Obras de Construcción.

Durante el plazo del Contrato de Concesión, el Concesionario cumplirá con sus obligaciones relacionadas con las Labores Ambientales y de Gestión Social, Obras para Demoliciones y los Componentes de Manejo de Tráfico Señalización y Desvíos. Adicionalmente, el Concesionario deberá ejecutar las Obras y Labores de Mantenimiento, una vez terminada la Etapa de Construcción e iniciada la Etapa de Mantenimiento.

La contraprestación del Concesionario consistirá en los pagos que efectúe TRANSMILENIO al Concesionario, en los términos señalados en la CLÁUSULA 14 del Contrato, sin perjuicio de las compensaciones señaladas en la CLÁUSULA 40 del mismo.

La ejecución completa y en los plazos previstos de (i) las Obras de Construcción, cumpliendo plenamente con lo previsto en las Especificaciones Generales de Construcción, las Especificaciones Particulares de Construcción y Parámetros de Diseño y los demás documentos que hacen parte de este Contrato de Concesión, y (ii) las Obras y Labores de Mantenimiento, cumpliendo plenamente con lo previsto en las Especificaciones Generales de Construcción, las Especificaciones Particulares de Mantenimiento y los demás documentos que hacen parte de este Contrato de Concesión, son obligaciones de resultado a cargo del Concesionario, de conformidad con lo previsto en este Contrato<sup>51</sup>.

El Concesionario no tendrá derecho a usar para fines comerciales o publicitarios las Estaciones u otros componentes de la troncal, ni tampoco tendrá derecho alguno sobre el recaudo efectuado por la prestación del servicio de transporte masivo a los usuarios, una vez entre en operación la troncal.

El alcance físico del Proyecto aparece indicado en los Apéndices A, C, D y G del presente Contrato”.

A su vez, en la Cláusula Quinta se determinó como Alcance y Desarrollo del Objeto el siguiente:

**“Cláusula 5. Alcance y Desarrollo del Objeto:**

Para efectos de la ejecución del presente Contrato de Concesión se ha dividido su ejecución en tres etapas distintas. Una vez culminada la Etapa de Mantenimiento y suscrita el Acta de Recibo Final, las obligaciones derivadas del presente Contrato estarán a cargo del IDU/TRANSMILENIO y consistirán en los desembolsos señalados en la CLÁUSULA 14, que deban verificarse después del mes ochenta y dos (82) del Contrato contado desde la suscripción del Acta de Iniciación. Una vez efectuado el último de los traslados de la Subcuenta de Pagos a la Subcuenta

<sup>51</sup> La etapa de preconstrucción duró 4 meses. La etapa de construcción aún no ha terminado. La etapa de mantenimiento es de 60 meses a partir de la terminación de la etapa de construcción.

Principal, conforme a lo establecido en el cronograma de desembolsos del numeral 14.1.2.2 de la CLÁUSULA 14 se suscribirá el Acta de Finalización, siempre y cuando no existan obligaciones pendientes por parte del Concesionario.

### **5.1. ETAPA DE PRECONSTRUCCIÓN**

Esta etapa iniciará a partir del Día siguiente a la Fecha de Iniciación y terminará cuando se verifique el cumplimiento de todos y cada uno de los requisitos que se establecen en los numerales 5.1.1; 5.1.2; 5.1.3; 5.1.4; 5.1.5 y 5.1.6 de este mismo numeral. Por lo tanto, el cumplimiento de los requisitos señalados en este numeral, será condición indispensable para la suscripción del Acta de Iniciación de la Etapa de Construcción. El plazo máximo para la Etapa de Preconstrucción es de cuatro (4) meses, sin perjuicio de que ésta termine antes, si se llegaren a cumplir todas y cada una de las obligaciones que le asisten al Concesionario con anterioridad al plazo estimado para esta etapa.

#### **5.1.1. Constitución del Fideicomiso:**

El Concesionario deberá constituir el Fideicomiso al que hace referencia la CLÁUSULA 18 del presente Contrato, en los términos allí descritos, dentro de los quince (15) Días Calendario siguientes a la Fecha de Iniciación de Ejecución del Contrato.

Dentro de este mismo plazo, el Concesionario deberá acreditar que el primer aporte a la Subcuenta de Interventoría ha sido efectivamente realizado y que el valor del mismo corresponde al monto señalado en el literal a) del numeral 28.3.2 de la CLÁUSULA 28 del presente Contrato de Concesión.

Dentro de los cinco (5) días Calendario siguientes a la Fecha de Iniciación de la Ejecución del Contrato, la minuta del mismo deberá ser entregada por parte del Concesionario al Director Técnico Legal del IDU, para los fines previstos en el numeral 18.3 de la CLÁUSULA 18 de este Contrato.

Vencido el plazo de quince (15) Días Calendario previsto en el presente numeral, sin que el Concesionario hubiere suscrito debidamente el contrato de fiducia mercantil, y/o sin que hubiera acreditado el primer aporte a la Subcuenta de Interventoría, el IDU podrá imponer las multas previstas en el numeral 29.1 y/o en el numeral 29.2 – según corresponda – de la CLÁUSULA 29 del presente Contrato de Concesión.

Pasados treinta (30) Días Calendario a partir del vencimiento del plazo para la presentación del contrato de fiducia sin que éste hubiera sido presentado por el Concesionario en debida forma, el IDU podrá declarar la caducidad del Contrato de Concesión, en los términos señalados en la CLÁUSULA 30 del presente Contrato de Concesión.

#### **5.1.2. Cierre Financiero**

Antes del vencimiento del cuarto mes contado a partir de la Fecha de Iniciación, el Concesionario deberá obtener el Cierre Financiero. Se entenderá que el Concesionario ha obtenido el Cierre Financiero cuando el IDU manifieste

expresamente y por escrito su conformidad con los documentos aportados por el Concesionario para acreditar los recursos destinados a la financiación, por parte del Concesionario, de las inversiones necesarias para el cumplimiento de este Contrato.

Sin perjuicio de que la responsabilidad y riesgo de aportar la totalidad de la financiación para los requerimientos del Proyecto es del Concesionario, quien deberá realizar todos los aportes necesarios para tal fin, sólo se entenderá cumplido el Cierre Financiero, si el Concesionario cumple, a satisfacción del IDU, con los siguientes requisitos:

#### 5.1.2.1. Documentos para acreditar el Cierre Financiero

El Concesionario deberá contar con compromisos a su favor, que incluyan el desembolso de recursos de deuda por un valor no inferior a la suma de setenta y cinco mil millones de Pesos (\$75.000.000.000), o contar con el capital líquido disponible por el mismo monto.

La suma anterior está expresada en Pesos constantes de diciembre de 2002 y será actualizada para el Día del Cierre Financiero, de conformidad con la siguiente fórmula:

$$MDi = MDo \times \frac{IPCi}{IPC0}$$

Donde:

|             |  |
|-------------|--|
| <i>MDi</i>  | <i>Monto de los recursos de deuda requeridos para acreditar el Cierre Financiero en el Día en que se cumpla esa obligación (Día i), en Pesos del Día i</i> |
| <i>MDo</i>  | <i>La suma de setenta y cinco mil millones de Pesos (\$75.000.000.000) en Pesos constantes de diciembre de 2002.</i>                                       |
| <i>UPCI</i> | <i>Índice de Precios al Consumidor del mes calendario anterior al Día i</i>  |
| <i>IPC0</i> | <i>Índice de Precios al Consumidor de noviembre de 2002</i>  |

Para verificar el cumplimiento de este mínimo, se sumarán la totalidad de los recursos comprometidos en los documentos que respalden el Cierre Financiero. Si el Concesionario acredita el Cierre Financiero, total o parcialmente, con uno o varios créditos en Dólares, la parte en Dólares de dichos desembolsos será sumada y convertida a Pesos utilizando la tasa representativa de mercado del Día del Cierre Financiero (se entenderá por tasa representativa del mercado, la tasa representativa para la conversión de pesos a Dólares certificada por el Banco de la República).

El resultado de la sumatoria total de los compromisos usando la metodología descrita deberá ser igual o superior a la cifra que resulte de aplicar la fórmula de actualización prevista en este numeral.

Para probar la obtención de recursos, el Concesionario deberá presentar al IDU los siguientes documentos:

a) Contratos de crédito firmados con los Prestamistas (o certificación de los Prestamistas de la cual se deduzca la existencia del compromiso de crédito y el

monto de los desembolsos), y certificación de los Prestamistas, que acrediten que la totalidad de los requisitos necesarios para el desembolso inicial de los créditos se encuentran satisfechos. El desembolso inicial no podrá tener condicionamiento alguno.

El desembolso inicial que deberá realizarse dentro de los primeros quince (15) Días Hábiles de la Etapa de Construcción, no podrá ser inferior a la suma de siete mil quinientos millones de pesos (\$7.500.000.000), expresada en Pesos constantes de diciembre de 2002, por lo cual será actualizada para el día del Cierre Financiero, utilizando la misma fórmula incluida en el segundo inciso del presente numeral.

El desembolso inicial deberá hacerse efectivo en la Subcuenta Principal dentro de los quince (15) Días siguientes a la fecha del Acta de Iniciación de la Etapa de Construcción. Tanto el valor del desembolso inicial como el compromiso de cumplir con el plazo máximo acabado de señalar, deberán constar en la certificación emanada de los Prestamistas.

En el caso previsto en este literal a), el compromiso de aportar los recursos de deuda deberá provenir de (i) instituciones financieras vigiladas por la Superintendencia Bancaria de Colombia en cuyo caso deberá acompañar el respectivo certificado emitido por esta entidad, o (ii) instituciones financieras del exterior, en cuyo caso el Concesionario deberá aportar los documentos que acrediten la existencia de la institución y la capacidad de quien suscribe el compromiso. Así mismo, deberá acreditar que tiene una calificación de deuda pendiente, no subordinada y de largo plazo de al menos A o equivalente, otorgada por una agencia calificadora de reconocida reputación internacional, o (iii) de cualquier persona jurídica, colombiana o extranjera, cuya deuda pendiente, no subordinada y de largo plazo, tenga una calificación de crédito de al menos A, o su equivalente otorgada por una agencia calificadora de reconocida reputación internacional.

b) Cuando se trate de financiación conseguida a través de emisión de títulos por un monto igual o superior al valor establecido en el primer inciso del presente numeral en el mercado de capitales, valdrá la certificación del líder de la respectiva emisión, donde conste que la totalidad de la emisión de títulos ha sido colocada o que se ha suscrito un contrato de "underwriting" en firme para la colocación de los títulos. Ni la colocación, ni el efectivo desembolso inicial, podrán estar condicionados en manera alguna. En todo caso el Concesionario deberá acreditar que el agente de la colocación con quien ha suscrito el contrato de "underwriting" en firme se compromete a consignar dentro de los primeros quince (15) días de la Etapa de Construcción siete mil quinientos millones de pesos constantes de diciembre de 2002 (\$7.500.000.000), si la emisión no ha sido colocada a la fecha del Cierre Financiero.

c) Cuando se trate de capital propio se acreditará aportando copias de sus estados financieros debidamente certificados por el revisor fiscal o por contador público independiente o auditados conforme a normas de auditoría generalmente aceptadas, en donde conste que cuenta con disponibilidad de recursos propios (representados en efectivo o en títulos con liquidez no mayor a ciento ochenta (180) Días Calendario) iguales o mayores a la suma mínima señalada para el Cierre Financiero así como un compromiso de aportes al Fideicomiso dentro de los

primeros quince (15) días de la Etapa de Construcción de siete mil quinientos millones de Pesos constantes de diciembre de 2002 (\$7.500.000.000). La fecha de corte de los estados financieros a que se refiere este inciso deberá estar dentro de los sesenta (60) Días Calendario anteriores a la fecha en que se pruebe el Cierre Financiero.

En defecto de lo anterior, el Concesionario deberá presentar las actas emanadas de los órganos competentes de cada uno de los socios o miembros del Concesionario, donde conste el compromiso en firme de aportar el capital necesario, durante la Etapa de Construcción, así como la autorización para efectuar el aporte al Fideicomiso por un monto total no inferior a la misma suma señalada en el inciso anterior.

d) La obtención de recursos también podrá probarse mediante la combinación de las fuentes de financiación previstas en los literales a), b) y c) anteriores. En este caso, la sumatoria de los recursos obtenidos a través de dichas fuentes de financiación, no podrá ser inferior al valor establecido en el primer inciso del presente numeral. En este caso el primer desembolso podrá ser el resultado de una combinación de las fuentes señaladas en los literales a), b) y c) o provenir de uno cualquiera de ellos.

#### **5.1.2.2. Plazos para el Cierre Financiero**

Para efectuar el Cierre Financiero, los documentos descritos en el numeral 5.1.2.1 anterior deberán ser presentados por el Concesionario, a mas tardar, el decimoquinto (15) Día Hábil anterior al vencimiento del plazo de cuatro (4) meses contado a partir de la Fecha de Iniciación. Si vencido el quinto (5) Día Hábil contado desde la presentación de los documentos, el IDU no se ha pronunciado, se entenderá aprobado el Cierre Financiero. En caso de que el IDU presente observaciones a los documentos antes de ese término, el Concesionario deberá proceder a corregirlas. En todo caso, si al vencimiento de los cuatro (4) meses contados partir de la Fecha de Iniciación no se ha obtenido el Cierre Financiero a satisfacción del IDU, el IDU podrá imponer multas por el retardo en la obtención del Cierre Financiero a que se refiere el numeral 29.3 de la CLAUSULA 29. Pasados treinta (30) Días de mora en el cumplimiento de la obligación de obtener el Cierre Financiero, el IDU podrá declarar la caducidad del Contrato de Concesión en los términos descritos en la CLAUSULA 30 del presente Contrato de Concesión.

#### **5.1.3. Puesta a disposición del Tramo correspondiente al Proyecto.**

Dentro de los diez (10) Días anteriores al inicio de la Etapa de Construcción, el IDU pondrá a disposición del Concesionario la infraestructura existente en la Avenida Suba entre la calle 127-A y la Avenida Ciudad de Cali, para la ejecución de las obras a que hace referencia el presente Contrato de Concesión.

La puesta a disposición que se hace mediante el presente Contrato de Concesión se limita a la posibilidad para el Concesionario de ejecutar las obras a que se refiere el presente Contrato de Concesión y, en ningún caso, implicará el uso o explotación de la infraestructura que resulte de la ejecución de las obras a que se refiere este Contrato.

En ningún caso el Concesionario tendrá derecho a rechazar, postergar u objetar la puesta a disposición de dicha infraestructura, pues sus obligaciones contractuales consisten en adelantar las Obras de Construcción y Obras para Redes sobre los tramos puestos a disposición, los cuales debió haber verificado con anterioridad a la presentación de la Propuesta dentro de la Licitación.

La puesta a disposición de los tramos de troncal, será efectuada mediante comunicación expresa y escrita emitida por el IDU al Concesionario.

#### **5.1.4. Movilización de Equipo**

A más tardar al vencimiento del cuarto (4) mes calendario contado desde la Fecha de iniciación, el Concesionario deberá tener a su disposición en la ciudad de Bogotá D.C. el equipos y el personal que necesite para iniciar la Etapa de Construcción; los equipos, personal, materiales y demás insumos deberán ser suficientes para la organización de los frentes de trabajo necesarios para el cumplimiento de las obligaciones del Concesionario. Esta obligación se entenderá cumplida con la mera manifestación que por escrito y de manera expresa haga el Concesionario al IDU, y ni el IDU ni el Interventor harán verificación ni darán concepto de ningún tipo sobre la suficiencia o no de esas labores por parte del Concesionario. Sin embargo, el Concesionario será enteramente responsable frente al IDU, si las labores preparatorias descritas en este numeral son insuficientes para el cabal cumplimiento de las obligaciones asumidas, en especial las de iniciar, de manera inmediata, las Obras de Construcción y las Obras para Redes. En todo caso, si el Concesionario no ha manifestado al IDU, de manera formal y por escrito, que ya ha realizado las labores preparatorias, antes del vencimiento del plazo establecido, se entenderá que no ha cumplido dichas labores, lo cual generará la causación de multas a cargo del Concesionario, tal y como se estipula en el numeral 29.5 de la CLÁUSULA 29 de este Contrato. En todo momento, los equipos que utilice el Concesionario estarán bajo su entera responsabilidad durante el plazo de vigencia de este Contrato.

#### **5.1.5. Presentación de Estudios y Diseños**

A más tardar al vencimiento del tercer (3er) mes calendario contado desde la Fecha de Iniciación, el Concesionario deberá haber elaborado y entregado al Interventor sus propios estudios y diseños de detalle para la ejecución de las Obras de Construcción y de las Obras para Redes durante la Etapa de Construcción, orientadas a dar cumplimiento a los resultados exigidos en las Especificaciones Particulares de Construcción y Parámetros de Diseño y las Especificaciones de Redes de Servicios- Públicos. La no entrega de los estudios y diseños, suficientes para que el Interventor pueda hacerse un juicio acerca del alcance de la obra, dentro del término antes señalado dará lugar a la causación de las multas señaladas en el numeral 29.4 de la CLÁUSULA 29 el presente Contrato.

Sin perjuicio de lo anterior, los estudios y diseños para la ejecución de las Obras de Construcción podrán (i) ser los mismos que el IDU puso a disposición de los Proponentes durante la Licitación, caso en el cual deberán, en todo caso ir suscritos por los ingenieros o personas responsables del Concesionario; (ii) consistir en la adaptación y/o modificación de los estudios y diseños que el IDU puso a disposición de los Proponentes durante la Licitación, caso en el cual deberán, en

todo caso ir suscritos por los ingenieros o personas responsables del Concesionario; (iii) ser estudios y diseños propios; o (iv) la combinación de cualquiera de los anteriores. En todo caso, una vez presentados al Interventor en los términos de este numeral, se entenderá que los diseños son propios y por lo tanto la responsabilidad de los mismos será asumida en su totalidad por el Concesionario. Finalmente, el Concesionario, al efectuar sus estudios y diseños o modificar, y/o adecuar, y/o adaptar los estudios y diseños que el IDU puso a disposición de los Proponentes, deberá tener en cuenta que existen elementos mínimos de diseño que no pueden ser modificados. Adicionalmente, se entenderá que el Concesionario deberá incluir las Descripciones Particulares de Construcción como parte de los estudios y diseños, las cuales igualmente podrán ser adoptadas, adaptadas, modificadas, o reemplazadas en los mismos términos que los estudios y diseños señalados en el presente párrafo. En todo caso, una vez presentadas las Descripciones Particulares de Construcción, el Concesionario será responsable por su contenido y correcta aplicación.

En relación con los estudios y diseños de las Obras para Redes, el IDU entregará al Concesionario los estudios y diseños aprobados y autorizados por las empresas de servicios públicos. El Concesionario podrá durante esta Etapa de Preconstrucción, adoptarlos, adecuarlos, modificarlos o adaptarlos, pero cualquier cambio en los mismos deberá, previamente a su implementación durante la Etapa de Construcción, ser autorizado de manera expresa por parte de la Empresa de Servicios Públicos correspondiente, siguiendo los procedimientos descritos en el Apéndice C de este Contrato.

Aunque el Interventor tiene la obligación frente al IDU (no frente al Concesionario) de analizar dichos estudios y diseños y advertir y comunicar al Concesionario, antes del inicio de la Etapa de Construcción, cualquier inconsistencia entre dichos estudios y diseños y la posibilidad de obtener los resultados requeridos en este Contrato, en especial en las Especificaciones Particulares de Construcción y Parámetros de Diseño, esta comunicación del Interventor o su silencio, no se entenderá como aprobación o desaprobación de los estudios y diseños entregados y no servirá de excusa al Concesionario para el no cumplimiento de los resultados requeridos en dichas Especificaciones Particulares de Construcción y Parámetros de Diseño, o para el no cumplimiento de cualquier otra de sus obligaciones bajo este Contrato. En consecuencia, el Concesionario deberá adecuar y/o modificar en cualquier momento los estudios y diseños de detalle presentados, a su costo y bajo su responsabilidad, con el objeto de obtener los resultados previstos en el presente Contrato. De estas adecuaciones o modificaciones el Concesionario dará noticia al Interventor, entregándole los documentos técnicos que correspondan.

En todo caso, debe entenderse que las observaciones- presentadas por el Interventor al Concesionario a propósito de los estudios y diseños, son consideraciones técnicas formuladas a manera de advertencia con el objeto de conseguir los resultados exigidos en este Contrato, en especial los contenidos en las Especificaciones Particulares de Construcción y los Parámetros de Diseño.

Las adecuaciones y/o modificaciones que haga el Concesionario durante la Etapa de Construcción, a sus propios estudios y diseños de detalle, serán a su costo y bajo su responsabilidad, con el objeto de garantizar la obtención de los resultados exigidos en el presente Contrato, considerando que el Concesionario mantiene



siempre la obligación de entregar las Obras de Construcción y las Obras para Redes en los términos y condiciones establecidos en este Contrato, especialmente en los que a los resultados señalados en las Especificaciones Particulares de Construcción y Parámetros de Diseño y en las Especificaciones de Redes de Servicios Públicos se refiere.

En el evento en que, por causas ajenas al IDU, TRANSMILENIO o el Concesionario, o por mutuo acuerdo, fuera necesario modificar los diseños contractuales señalados en el Apéndice A de este Contrato, las partes acordarán la forma en que se realizarán los cambios y el ajuste al valor de la Remuneración Principal. En todo caso, si dicho ajuste fuere a favor del IDU, será aplicado al último o últimos desembolso(s) que se efectúen de conformidad con lo establecido en el numeral 14.1.2.2 de la CLÁUSULA 14. En los demás casos, las partes acordarán el correspondiente ajuste a la Remuneración Principal.

#### **5.1.6. Obligaciones contenidas en los Apéndices**

El Concesionario deberá además, cumplir con todas las obligaciones correspondientes a esta Etapa de Preconstrucción, que se encuentren incluidas en los diferentes apéndices de este Contrato, en particular con lo señalado en el Apéndice C en relación con dar aviso oportuno, a las empresas de servicios públicos sobre la necesidad de llevar a cabo las Obras para Redes y en especial aquellas que no pueden ser ejecutadas directamente por el Concesionario sino por la respectiva empresa de servicios públicos. En este caso, deberán señalar en la respectiva comunicación la fecha para la cual la obra está programada según el Cronograma de Obra.

#### **5.2. ETAPA DE CONSTRUCCIÓN.**

Una vez cumplidos todos y cada uno de los requisitos señalados en los numerales 5.1.1; 5.1.2; 5.1.3; 5.1.4; 5.1.5 y 5.1.6 de la presente cláusula se firmará el Acta de Iniciación de la Etapa de Construcción, etapa que tendrá una duración total estimada de dieciocho (18) Meses calendario. Sin embargo, la duración efectiva de la Etapa de Construcción corresponderá al término que corra entre la fecha de firma del Acta de Iniciación de la Etapa de Construcción y la fecha en que se suscriba el Acta de Finalización de la Etapa de Construcción. Lo anterior sin perjuicio de las responsabilidades del Concesionario por eventuales retardos en la terminación a satisfacción del Interventor y del IDU de las Obras de Construcción y de las Obras para Redes.

Durante la Etapa de Construcción, el Concesionario ejecutará todas las labores necesarias para la ejecución de las Obras de Construcción y las Obras para Redes, de acuerdo con los resultados requeridos en este Contrato, en especial en las Especificaciones Particulares de Construcción y Parámetros de Diseño y en las Especificaciones de Redes de Servicios Públicos.

La completa terminación de las Obras de construcción y de las Obras para Redes, por parte del Concesionario, deberá hacerse en un plazo máximo de dieciséis (16) meses calendario contados desde la fecha del Acta de Iniciación de la Etapa de Construcción. La verificación, por parte del Interventor y del IDU, de que las obras cumplen con lo exigido en este Contrato, se hará dentro de los dos (2) Meses

siguientes a la terminación de las obras por parte del Concesionario, en los términos señalados en la CLÁUSULA 25 del presente Contrato de Concesión.

Así mismo, el Concesionario ejecutará durante la Etapa de Construcción las actividades relacionadas con las Labores Ambientales y de Gestión Social señaladas en el Apéndice E del Contrato, de tal manera que cumpla a cabalidad con las obligaciones ambientales y de gestión social, contenidas en dicho apéndice. Igualmente, ejecutará durante la Etapa de Construcción las actividades relacionadas con los Componentes de Manejo de Tráfico, Señalización y Desvíos señaladas en el Apéndice F del Contrato de tal manera que cumpla a cabalidad con las obligaciones de manejo de tráfico, señalización y desvíos, contenidas en dicho apéndice.

La Etapa de Construcción finalizará con la verificación a satisfacción del Interventor y del IDU, de las Obras de Construcción y de las Obras para Redes mediante la suscripción del Acta de Finalización de la Etapa de Construcción.

#### **5.2.1. Puesta en Servicio de las Obras**

Las Obras de Construcción y las Obras para Redes que sean concluidas por el Concesionario y aceptadas por el Interventor, por las entidades de que trata el literal w) de la CLÁUSULA 6 y por el IDU serán puestas en servicio en los términos de las Especificaciones de Manejo de Tráfico, Señalización y Desvíos, de conformidad con lo señalado en los numerales 1.24 y 1.32 de la CLÁUSULA 1, durante la Etapa de Construcción. En todo caso, la totalidad de las obras no serán recibidas a satisfacción sino hasta tanto finalicen todas las Obras de Construcción y las Obras para Redes y sea suscrita el Acta de Finalización de la Etapa de Construcción.

#### **5.2.2. Desfases en el plazo de terminación de la Etapa de Construcción**

En caso de que las Obras de Construcción y las Obras para Redes sean concluidas por el Concesionario y recibidas a satisfacción por el Interventor y por el funcionario que el IDU designe para tal evento, con anterioridad al plazo previsto en la presente cláusula, la Etapa de Mantenimiento se iniciará con la suscripción del Acta de Finalización de la Etapa de Construcción y se extenderá por cinco (5) años contados desde la suscripción de dicha acta. Sin embargo, en el caso en que la Etapa de Mantenimiento, culmine antes de la fecha prevista para el último de los traslados de la Subcuenta de Pagos a la Subcuenta Principal según se señala en el numeral 14.1.2 de la CLÁUSULA 14 de este Contrato, la duración del Contrato se extenderá hasta la fecha en que se y verifique el último traslado de recursos; no obstante, las obligaciones del Concesionario, correspondientes a la Etapa de Mantenimiento, sólo se ejecutarán hasta la finalización de dicha etapa.

Si las Obras de Construcción y las Obras para Redes fueren recibidas a satisfacción por parte del Interventor y por el funcionario que el IDU designe para tal efecto, con posterioridad al plazo previsto en la presente cláusula, la Etapa de Mantenimiento se iniciará con la suscripción del Acta de Finalización de la Etapa de Construcción y se extenderá por cinco (5) años contados desde la suscripción de dicha acta. Con la excepción del último de los traslados, el cual se hará el Día Hábil siguiente a la terminación efectiva de la Etapa de Mantenimiento, los traslados

previstos en el numeral 14.1.2 de la CLAUSULA 14 de este Contrato serán efectuados en las fechas allí previstas, siempre y cuando se cumplan las condiciones previstas en los numerales 14.1.3.1 y 14.1.3.2 de la CLAUSULA 14.

Si el retardo se hubiere causado por causas imputables al IDU, TRANSMILENIO reconocerá al Concesionario un interés del DTF + 5% desde el momento en que debió haberse efectuado el último traslado y el momento en que efectivamente se haga.

Si el retardo se hubiere causado por Fuerza Mayor, TRANSMILENIO reconocerá al Concesionario un interés del DTF + 2% desde el momento en que debió haberse efectuado el último traslado y el momento en que efectivamente se haga.

En caso de tratarse de retardas imputables al Concesionario, el último traslado entre la Subcuenta de Pagos y la Subcuenta Principal sólo será objeto de la actualización con la variación del IPC desde la fecha en que se debió haber realizado el último traslado y el mes anterior al momento efectivo del traslado, sin perjuicio de las multas y otras consecuencias contractuales a que hubiere lugar.

### **5.3. ETAPA DE MANTENIMIENTO**

Una vez suscrita el Acta de Finalización de la Etapa de Construcción, el Concesionario se obliga a realizar las Obras y Labores de Mantenimiento.

#### **5.3.1. Mantenimiento de las Obras de Construcción**

Esta obligación se ejecutará desde el momento de la terminación de la Etapa de Construcción y hasta el vencimiento del quinto (5) año contado desde la suscripción del Acta de Finalización de la Etapa de Construcción. Durante esta Etapa de Mantenimiento, el Concesionario mantendrá las obras ejecutadas durante la Etapa de Construcción de tal manera que cumplan siempre con el Estado de Condición especificado para esta etapa en el Apéndice D del Contrato. Adicionalmente, el Concesionario deberá ejecutar todas las obligaciones correspondientes a las Obras y Labores de Mantenimiento, según las obligaciones descritas en dicho apéndice.

Se entiende que el Concesionario es plenamente responsable de mantener el Estado de Condición del Proyecto, con los requisitos previstos en las Especificaciones Particulares de Mantenimiento, sin recibir remuneración diferente de la Remuneración por Mantenimiento, independientemente del valor ofertado en la Licitación. El Interventor verificará el cumplimiento de las Obras y Labores de Mantenimiento en forma semestral y elaborará un acta donde se consignará el estado de las obras y el cumplimiento del Concesionario de las obligaciones establecidas en la presente cláusula. El pago de la Remuneración por Mantenimiento se hará con base en la información consignada en el acta mencionada en la cual se incluirán los resultados obtenidos por el Concesionario con base en los criterios contenidos en el Apéndice D y de acuerdo con lo establecido en el numeral 14.6 de la CLÁUSULA 14.

Por lo anterior, todas las obras que deba ejecutar el Concesionario, durante la Etapa de Mantenimiento, para asegurar el Estado de Condición, sin importar su magnitud, serán por cuenta y riesgo exclusivo del Concesionario, sin que ello conlleve remuneración diferente de la Remuneración por Mantenimiento, independientemente del valor ofertado en la Licitación.

A más tardar tres (3) meses antes de terminar la Etapa de Construcción, el Concesionario deberá entregar el Plan de Control de Calidad en los términos del Apéndice D de este Contrato. El IDU tendrá un término de un (1) Mes para revisarlo y sugerir al Concesionario modificaciones tendientes a que los procedimientos allí contenidos sean adecuados para obtener los resultados previstos en el Apéndice D. El Concesionario bajo su propia responsabilidad podrá acoger o no las recomendaciones que le efectúe el IDU, pero en ningún caso se eximirá de responsabilidad si la aplicación del Plan de Control de Calidad no es suficiente para la obtención de los resultados previstos en el apéndice ya mencionado. A más tardar al finalizar el décimo sexto mes de la Etapa de Construcción, el Concesionario entregará la versión final del Plan de Control de Calidad, el cual será utilizado por el Interventor, junto con los parámetros establecidos en el Apéndice D de este Contrato, como base para la verificación de las obligaciones del Concesionario durante la Etapa de Mantenimiento.

Al finalizar la Etapa de Mantenimiento se suscribirá el Acta de Recibo Final donde se verificará que las Obras de Construcción cumplen con el Estado de Condición establecido en el Apéndice D para el recibo de dichas obras al finalizar la Etapa de Mantenimiento.

### 5.3.2. Adecuación de Desvíos.

Adicionalmente a las Obras y Labores de Mantenimiento, y con cargo a la Remuneración por Adecuación de Desvíos y no a la Remuneración Principal ni a la Remuneración por Mantenimiento, durante los primeros seis (6) meses de la Etapa de Mantenimiento el Concesionario adelantará las Obras de Adecuación de Desvíos sobre aquellas vías que, de acuerdo con el Plan de Manejo de Tráfico, Señalización y Desvíos, hayan sido aprobadas para ser utilizadas como desvíos durante la Etapa de Construcción, en cumplimiento de lo señalado en el Apéndice F del Contrato. Si las Obras de Adecuación de Desvíos no se cumplen en su totalidad dentro de los primeros seis (6) meses de la Etapa de Mantenimiento, por causas no imputables al Concesionario, se consignará en el Acta Mensual de Verificación este hecho y se prorrogará el plazo para terminarlas. El término de la prórroga será determinado de común acuerdo por el Concesionario y el Interventor. En caso de discrepancia, el plazo será determinado por el Amigable Compondor.

De esta forma, quedó de nuevo claro que la naturaleza del Contrato celebrado con el IDU y TRANSMILENIO luego de la adjudicación de la Licitación Pública N° IDU- LP -DTC -001-2003, era de Concesión de Obra Pública, el cual tenía como finalidad la ejecución de las obras descritas en él, para lo cual debía ser financiado por el concesionario y la modalidad de pago era especial.

El Contrato de Concesión 146 de 2003 celebrado entre el IDU y TRANSMILENIO por una parte y, por la otra, el Consorcio Alianza Suba – Tramo II, fue modificado mediante:

- a. Otrosí No. 1, sobre Conformación del Comité de Tráfico;
- b. Otrosí No. 2, sobre ajuste a la Cláusula Once, relacionado con los Valores Máximo del Contrato. De acuerdo con el Contrato original el Valor Estimado del Contrato fue la suma de \$220.688.026.230 constantes a diciembre de 2002. Sin embargo, el Presupuesto Oficial del Tramo 2 se aumentó en \$29.490.454.785, razón por la cual mediante el Otrosí No. 2 se hizo el ajuste de los valores máximos de varios ítems del Contrato;
- c. Otrosí No. 3, sobre ajuste regulación sobre adecuación de desvíos;
- d. Otrosí No. 4, mediante el cual se modificó la Cláusula 37 y prórroga para la entrega de los Diseños de la Intersección de la Avenida Suba por Avenida Boyacá y del Intercambiador Vial de la Calle 137 A; y,
- e. Otrosí No. 5, sobre incorporación del Apéndice I, denominado “ESPECIFICACIONES DE SEGURIDAD INDUSTRIAL Y MOVILIZACIÓN EXTERNA”.

## **7. LA RATIFICACIÓN DE LA EXISTENCIA DEL GRUPO CONSTRUCTOR**

El 20 de agosto de 2003 -Acta de Consejo Directivo No. 004 del Consorcio Alianza Suba - Tramo II-, el representante legal del Consorcio señaló que la presentación efectuada a los bancos para la consecución de la financiación requerida para la ejecución del Contrato de Concesión fue exitosa; que los bancos que asistieron mostraron gran interés en la financiación del proyecto y que la preocupación principal en relación con este asunto sería el manejo que el Consorcio le diera a los sobrecostos derivados de la ejecución de las obras, por lo que se le informó a los Bancos que el Consorcio iría a crear un grupo constructor al interior del cual se establecería un mecanismo que permitiera el manejo de las eventuales mayores cantidades de obra sin afectar el presupuesto del proyecto.

De conformidad con lo anterior, sólo hasta el 20 de agosto de 2003, según consta en dicha acta, el Consejo Directivo del Consorcio aprobó estudiar la posibilidad de Conformar un Grupo Constructor para lo cual le solicitó a la Asesora Jurídica, “la elaboración de un documento en el cual se regulen los términos de Conformación del Grupo Constructor, responsabilidad de los consorciados, funcionamiento del Fondo de Contingencia, etc., con el objeto de que el Consejo Directivo evalúe dicho documento. Igualmente, solicita que se envíe la documentación a los socios para su estudio y llevar así inquietudes a una reunión donde se realice una presentación del mismo para efectos de conocer los aspectos más relevantes de dicha figura”. En esa misma línea de pensamiento se estudió la posibilidad conforme a la cual el Consorcio subcontratara al Grupo Constructor las actividades de construcción del

proyecto para lo cual el Consejo Directivo aprobó igualmente solicitar a la Asesora Jurídica preparar “el modelo de documento contractual que regularía las relaciones de ejecución de las actividades de construcción del proyecto entre el Consorcio y el Grupo Constructor”.

En el mismo sentido, el 27 de agosto de 2003 –según consta en el Acta de Consejo Directivo No. 005 del Consorcio Alianza Suba - Tramo II-, al estudiar el informe sobre el avance de sindicación del crédito, el señor Julio Torres informó de nuevo que se hizo una presentación a los bancos, los cuales mostraron un gran interés en participar en la financiación del proyecto y se encontraban estudiándolo, siendo una de las principales preocupaciones de los bancos la forma en que el Consorcio y sus asociados irían a asumir los riesgos correspondientes a las mayores cantidades de obra o cualquier otro sobrecosto derivado de la ejecución del contrato de concesión, por lo que señaló que

“Al respecto se ha considerado que uno de los esquemas que mayor resuelve este asunto es el relacionado con la conformación de un Grupo Constructor que se encargue de la totalidad de las actividades contenidas en el contrato de concesión, a excepción de las actividades de diseño las cuales serán contratadas directamente por el Consorcio. Adicionalmente, debe crearse un fideicomiso para el manejo de los recursos que ingresen al Grupo Constructor.

“Otra preocupación es el gobierno del consorcio y la toma de decisiones al interior del mismo, de tal forma que estos dos asuntos deben quedar claramente regulados en el documento de conformación del Grupo Constructor. Con el objeto de continuar con el trámite de consecución de los recursos, el doctor Torres solicita autorización para entregar a los Bancos el Acuerdo de Consorcio, dejando al descubierto únicamente los aspectos que los Bancos están interesados en conocer El Consejo Directivo autoriza esta solicitud”.

En esa misma reunión del Consejo Directivo se manifestó la preocupación “en relación con la forma en que los Bancos ven la relación de Incoequipos S.A. y Vargas Velandia Ltda. con el Consorcio, con el sistema financiero y con el IDU”, motivo por el cual, en relación con este asunto, el Señor Julio Torres manifestó que “los asesores jurídicos del proceso de estructuración financiera del proyecto (Posee Herrera Asociados) emitieron un concepto jurídico en relación con este asunto” y al respecto se plantearon dos posibilidades:

“La primera posibilidad se refiere al ingreso de estas Sociedades al Consorcio, surtiendo para el efecto, el proceso necesario para obtener la respectiva autorización por parte del IDU. Para tales efectos se procederá de conformidad con lo establecido en la Ley 80 de 1993 y en el contrato de concesión, remitiendo una comunicación escrita al IDU que contenga: a) la manifestación de la intención del Consorcio de modificar los porcentajes de participación junto con el nuevo cuadro de participaciones en el consorcio en caso de que la cesión proyectada fuere aprobada; b) la experiencia en construcción, en consecución de financiación y en capacidad financiera de las dos sociedades en los términos exigidos en el pliego de condiciones de la licitación que dio origen al contrato de concesión. Para lo anterior, se considera conveniente hacer de manera previa un acercamiento exploratorio con las directivas del IDU para conocer su opinión al respecto.

De no resultar posible la autorización por parte del IDU, se ha diseñado un esquema en el cual existe una asociación global con unos miembros y un consorcio concesionario integrado de forma diferente a dicha asociación. De conformidad con este esquema se ha elaborado el contrato de fiducia, el cual va a ser remitido a finales de esta semana a los consorciados y a la Fiduciaria BBVA Ganadera.

No obstante lo anterior, el Consejo Directivo decide que en forma previa a la fecha en que se imparta la orden de inicio y se firme el contrato de fiducia, el Consorcio solicite al IDU la autorización del ingreso de Incoequipos y Vargas Velandia. Para efectos de esta autorización se debe contar con el apoyo de Posee Herrera<sup>52</sup>."

En esta misma Acta 05 del 27 de Agosto de 2003 consta que se comunicó al Consejo Directivo del Consorcio el mensaje recibido de los Bancos en el sentido de que era necesario que los consorciados efectuaran cierto nivel de aporte de capital de riesgo requerido para el proyecto, como requisito para el desembolso por parte de los Bancos. "De conformidad con el modelo financiero, el aporte total debe ser un monto de \$18.000.000.000, el cual no necesariamente debe ser en dinero sino que también puede comprender equipos y maquinaria. Los Bancos específicamente requieren que todos las inversiones en período de pre-construcción se hagan como capital de riesgo (equity). La consecuencia de este requerimiento es que el primer desembolso del préstamo se haría el día del inicio de la construcción. Igualmente, el desembolso inicial será menor que el planteamiento inicial de COP31.000 millones, pero no menor que el requerimiento inicial para movilización, según el modelo de costos".

En relación con el fideicomiso del Grupo Constructor se sometió a consideración del Consejo Directivo que se evaluara la posibilidad de incluir en el fideicomiso principal unas subcuentas que regularan el manejo de los recursos del Grupo Constructor, ahorrando de esta forma algunos recursos correspondientes a comisiones de la fiduciaria y otros costos operativos derivados del manejo de dos fiduciarias diferentes.

Posteriormente, en el Acta No. 6 del 9 de septiembre de 2003 del Consejo Directivo del Consorcio Alianza Suba Tramo II consta el informe rendido por el Señor Julio Torres sobre el proceso de sindicación de los créditos conforme al cual señaló la conveniencia "que el proceso de autorización de ingreso de INCOEQUIPOS y VARGAS VELANDIA LTDA. se realice en forma concurrente y formal con el proceso de sindicación de los créditos. De tal forma, es conveniente que se inicien las conversaciones con el IDU al respecto formalmente, luego de impartida la Orden de Iniciación del Contrato". Igualmente, al estudiar el informe sobre el proceso de cierre financiero, el mismo señor Julio Torres trasladó de nuevo al Consejo Directivo "la preocupación manifestada por los bancos en el sentido de contar con un vehículo que les brinde una mayor garantía para efectos de la asignación de riesgos de eventuales extracostos en la construcción". Al respecto, consta en la

---

<sup>52</sup> En la reunión de la Junta Directiva de INCOEQUIPOS S.A. celebrada el 28 de agosto de 2003 se informó que esa Sociedad continuaba sin aparecer ante el IDU como miembro del Consorcio pero se insistió que estaba vigente el Acuerdo interno consorcial

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO DE  
ESTYMA S.A., CONCA Y S.A., ARQUITECTOS E INGENIEROS ASOCIADOS S.A., CONSTRUCTORA INECON-TE LTDA e  
INCOEQUIPOS S.A. Vs. VARGAS VELANDIA LTDA (XIE S.A.)

misma Acta que algunos miembros del Consejo Directivo manifestaron “su preocupación en relación con este aspecto teniendo en cuenta las obligaciones legales y fiscales en cabeza de las sociedades anónimas”. Con fundamento en lo anterior, el Consejo Directivo decidió que de conformidad con lo planteado por los bancos “es necesario que los integrantes del Consorcio evalúen las ventajas y desventajas del vehículo societario por el cual se opte”.

En esta misma Acta se dejó constancia que las compañías que conformaban el Consorcio no seguirían vinculadas para la ejecución de otros proyectos.

Igualmente en la reunión del Consejo Directivo del Consorcio cumplida el 18 de septiembre de 2003, según consta en el Acta No. 007, se decidió que debía estudiarse cuidadosamente cuál sería el vehículo que se emplearía para la conformación del Grupo Constructor, que le brindara a los Bancos la seguridad requerida para efectos de la financiación del proyecto, siendo lo más importante que se adoptara un esquema que fuera lo más transparente posible y que no generara confusión.

En esta misma reunión del Consejo Directivo se plantearon por primera vez varias posibilidades para distribuir las actividades de construcción objeto del contrato de concesión: distribuir la obra en seis grupos de valores similares o, repartirla según las fortalezas de cada integrante y según el monto de inversión. Para tal efecto se decidió que cada empresa estudiaría con sus asesores la forma más conveniente de contratación de las obras, evitando hasta donde fuera posible la doble tributación (IVA, ICA, 3 por mil, timbre, etc.). Así mismo, se acordó solicitar una reunión formal con el IDU para sondear la disposición de esa entidad para la incorporación de INCOEQUIPOS S.A. y VARGAS VELANDIA LTDA al Consorcio.

En la reunión del Consejo Directivo del Consorcio celebrada el 25 de septiembre de 2003 (Acta No. 008), se señaló que el 30 de ese mismo mes debía efectuarse el primer pago a la Subcuenta de Interventoría por un valor de \$1.199.226.626 – lo cual implicaba que para ese momento ya estuviera celebrado el Contrato de Fiducia, constituido el patrimonio autónomo y las Subcuentas exigidas en el Contrato de Concesión 146 de 2003-.

De conformidad con lo hasta aquí expuesto, al momento de la celebración del Contrato de Fiducia Mercantil para la Administración y Fuente de Pago el 29 de Septiembre de 2003, no se había tomado la decisión de constituir el Grupo Constructor ni tampoco se había podido integrar al Consorcio a las Sociedades VARGAS VELANDIA LTDA e INCOEQUIPOS, puesto que en este último caso no se había obtenido el visto bueno del IDU y por lo mismo no se había podido modificar el Acuerdo Consorcial de Alianza Suba Tramo II.

En tal virtud, en el entre tanto, se acordó celebrar el Contrato de Fiducia Mercantil entre el Consorcio Alianza Suba Tramo II integrado por las Sociedades **ARQUITECTOS E INGENIEROS ASOCIADOS S.A. (AIA S.A.), CONCA Y S.A., CONSTRUCTORA INECON-TE LTDA y ESTYMA ESTUDIOS Y MANEJOS S.A. ESTYMA S.A.**, los cuales colectivamente se denominaron como los Fideicomitentes y las Sociedades **VARGAS VELANDIA LTDA e**



**INCOEQUIPOS S.A.** en su calidad de Aportantes de Contribuciones de Capital por cuenta de los Fideicomitentes, unos y otros integrantes del que en la práctica en esa fecha se denominó Grupo Alianza Suba, por una parte y, por la otra, **FIDUCOLOMBIA S.A.** en su calidad de Sociedad Fiduciaria.

Así mismo, según consta en el Acta N. 009 de la reunión celebrada el 2 de octubre de 2003, el Consejo Directivo del Consorcio determinó que se preparara una comunicación en la cual se le solicitara al IDU la autorización para el ingreso de las Sociedades VARGAS VELANDIA LTDA e INCOEQUIPOS S.A. al Consorcio Alianza Suba Tramo II, al tiempo que en relación con la sustitución del Consorcio por una Sociedad Anónima se determinó que se siguiera estudiando esta posibilidad y sus implicaciones económicas. En igual sentido, consta en el Acta 010 de la reunión del 10 de octubre de 2003, que el Consejo Directivo consideró conveniente solicitar del IDU su opinión en relación con el Ingreso de las Sociedades VARGAS VELANDIA LTDA e INCOEQUIPOS S.A. al Consorcio Alianza Suba Tramo II.

A su vez, en la reunión cumplida el 22 de Octubre de 2003 del Consejo Directivo del Consorcio (Acta No. 010), de nuevo se reiteró la importancia de contar con un vehículo que de transparencia a los Bancos en cuanto al manejo de los recursos y el manejo de los riesgos derivados de las eventuales mayores cantidades de obra, al tiempo que se señaló que los Bancos habían ya aprobado los créditos en los montos requeridos teniendo en cuenta la existencia de un Grupo Constructor por lo que sería inconveniente cambiar ese esquema para la ejecución del proyecto y se hace necesario suscribir un contrato de construcción a precio y plazo fijo (llave en mano). En tal virtud, el Consejo Directivo aprobó: a) Definir el vehículo en que operaría el Consorcio Alianza Suba Tramo II para la ejecución de las actividades correspondientes a la etapa de construcción del Contrato de Concesión 146-2003; b) Evaluar la posibilidad de disminuir el monto del crédito para efectos de minimizar el impacto financiero que puede derivarse de tal situación; c) Evaluar la posibilidad de efectuar prepagos al crédito sindicado; d) Informar a los Bancos que el Consorcio Alianza Suba Tramo II puede ser el ejecutor directo de las actividades correspondientes a la etapa de construcción; e) Modificar el Acuerdo Consorcial para tal efecto.

En esta reunión también se informó que en el Comité Financiero no había hasta ahora ninguna conclusión para la estructuración del Grupo Constructor.

En la reunión celebrada el 5 de noviembre de 2003 (Acta No. 12), el Comité Directivo aprobó solicitar al IDU el ingreso de VARGAS VELANDIA LTDA e INCOEQUIPOS S.A. al Consorcio y señaló que de ser autorizado, los porcentajes de participación de los integrantes del Consorcio serían de 16.667%, lo cual implicaba la cesión del 8.333% de la participación de los demás consorciados.

Por su parte, en esta reunión se consideró que el mecanismo de constitución del Grupo Constructor a través de una Sociedad Anónima podía resultar muy conveniente no solo en relación con los bancos sino también para el desarrollo

de la obra, para efectos de liberar la capacidad de contratación de cada uno de los integrantes del Grupo Constructor.

El 13 de noviembre de 2003, según consta en el Acta del Consejo Directivo No. 013, ante la inminencia del cierre financiero, surgió la necesidad de definir el vehículo que se emplearía para efectos de la conformación del Grupo Constructor y la suscripción del Contrato de Construcción en el menor tiempo posible. En tal virtud, el Consejo Directivo determinó: a) Conformar el Grupo Constructor bajo la modalidad de una Sociedad Anónima; b) Encargar a la Subdirección Jurídica del Consorcio para que se encargara de preparar los Estatutos correspondientes; c) Consultar con los asesores tributarios para que recomendaran el esquema de contratación que más se ajustara a las necesidades del proyecto y en el cual se minimizaran los efectos fiscales; d) Incluir dentro del Contrato de Construcción la repartición de trabajos entre los accionistas de la sociedad anónima constructora.

El 18 de diciembre de 2003, Acta de Consejo Directivo No. 17, se recordaron los lineamientos generales del negocio que se estaba ejecutando con participación de las seis (6) sociedades, así:

“(f.) En relación con los aportes de capital que deben realizarse durante la Etapa de Construcción, considera que es necesario que se establezca un mecanismo que permita al Grupo Constructor efectuar en forma mensual una retención por el monto correspondiente al aporte que debe efectuarse, y proceder a la realización de dicho aporte en la fecha prevista. De conformidad con lo previsto en el contrato de fiducia, los aportes mensuales deben realizarse los últimos cinco días de cada mes inmediatamente anterior.

(...)

(i). La facturación de las obras/unidades funcionales será dividida en sextas partes. Al respecto el Doctor Carrillo considera que este asunto debe ser revisado. Considera que debe quedar claro que los rendimientos/pérdidas del proyecto sean divididos en sextas partes, a través de la Sociedad Constructora.

Se repasa esquema para la ejecución de obras:

- (i) Se constituirá una sociedad anónima
- (ii) Se dividirá la facturación en sextas partes
- (iii) Se quiere demostrar al sistema financiero que existe una ejecución por parte de los asociados de una fracción del proyecto. Los rendimientos/utilidades o pérdidas se distribuirán a través de la sociedad constructora.”

Ello significa que cuando se habla de Grupo Constructor se hace referencia a la creación de una sociedad anónima, que más adelante se denominará Constructora Suba S.A. En consecuencia, Grupo Constructor es igual a Constructora Suba S.A.

## 8. EL FIDEICOMISO DENOMINADO ALIANZA SUBA - TRAMO II, AL QUE SE REFIEREN LA CLÁUSULAS 5.1.1 Y 18 DEL CONTRATO DE CONCESIÓN 146 DE 2003

Como exigencia del Contrato de Concesión, los recursos pagaderos por el IDU y TRANSMILENIO S.A. al Consorcio, debían ser trasladados a un patrimonio autónomo que debía constituir el Concesionario, mediante la celebración de un contrato de fiducia mercantil irrevocable, el cual debía cumplir con todos los requisitos descritos en la Cláusula 18 del Contrato. Estos recursos servirían de garantía para obtener los recursos necesarios para el cierre financiero del proyecto<sup>53</sup>.

En tal virtud, el 29 de Septiembre de 2003 se celebró el **“CONTRATO DE FIDUCIA PARA ADMINISTRACIÓN Y DE FUENTE DE PAGO”** entre el Consorcio Alianza Suba Tramo II integrado por las Sociedades **ARQUITECTOS E INGENIEROS ASOCIADOS S.A. (AIA S.A.), CONCA Y S.A., CONSTRUCTORA INECON-TE LTDA y ESTYMA ESTUDIOS Y MANEJOS S.A. ESTYMA S.A.**, los cuales colectivamente se denominaron como los Fideicomitentes y las Sociedades **VARGAS VELANDIA LTDA e INCOEQUIPOS S.A.** en su calidad de Aportantes de Contribuciones de Capital por cuenta de los Fideicomitentes, unos y otros integrantes del que en la práctica en esa fecha se denominó Grupo Alianza Suba, por una parte y, por la otra, **FIDUCOLOMBIA S.A.** en su calidad de Sociedad Fiduciaria.

En dicho Contrato se adoptaron, entre otras, las siguientes definiciones:

“(e) ‘Contribuciones de Capital’ significa las contribuciones de capital que los miembros del Grupo Alianza Suba se obligan a realizar a órdenes del Patrimonio Autónomo, conforme a lo previsto en el Anexo II de este Contrato de Fiducia”.

“(f) ‘Contrato de construcción’, significa el acuerdo que resulte de la oferta mercantil que le formule el Grupo Constructor al Consorcio y que sea aceptada con ocasión de la expedición de una orden de compra por parte del Consorcio y cuyo objeto sea la realización de las Obras de Adecuación de Desvíos, Obras de Construcción, Obras para Redes, otras Demoliciones, y en general todos los trabajos y actividades que deban adelantarse durante la Etapa de Construcción en los términos del Contrato de Concesión.

“(i) ‘Derechos Económicos’ son todos los derechos (mas no las obligaciones) en cabeza de los miembros del Consorcio a recibir el pago de sumas de dinero en

<sup>53</sup> Contrato de Concesión, Cláusula 1, 1.13 **“Cierre Financiero”**. Se entenderá que el **Concesionario** ha obtenido el **Cierre Financiero** cuando el IDU manifieste expresamente y por escrito su conformidad con los documentos aportados por el **Concesionario** para acreditar el compromiso de los recursos mínimos, destinado a la financiación, por parte del **Concesionario**, de parte o la totalidad de las inversiones necesarias para el cumplimiento de este **Contrato**, o a falta de dicha manifestación, cuando hubieren transcurrido cinco (5) **Días Hábiles** desde la presentación de los documentos por parte del **Concesionario**, sin que se hubiere producido una respuesta por parte del IDU. Todo lo anterior, en los términos señalados en el numeral 5.1.2 de la CLÁUSULA 5 de este **Contrato**”.

ejecución, terminación y/o liquidación del Contrato de Concesión, incluyendo, sin limitación, el derecho a recibir (i) la Remuneración Principal, (ii) la Remuneración Ambiental y de Gestión Social, (iii) la Remuneración por Manejo de Tráfico, Señalización y Desvíos, (iv) la Remuneración por Obras para Redes, (v) la Remuneración por Obras de Adecuación de Desvíos, (vi) la Remuneración por Mantenimiento, (vii) la Remuneración por Mayores Cantidades de Obra para Redes, (viii) la Remuneración para Demoliciones, (ix) los Pagos de los Seguros, (x) las Compensaciones por Fuerza Mayor o Caso Fortuito, (xi) los Reembolsos por Reparaciones por Fuerza Mayor o Caso Fortuito, (xii) los Reembolsos por Intervenciones de Emergencia, y (xiii) los demás pagos que deba hacer Transmilenio y/o el IDU a los miembros del Consorcio, en relación, por razón o con ocasión de la resolución de disputas surgidas en relación con la ejecución, terminación y/o liquidación del Contrato de Concesión.

(k) 'Funcionario Responsable del Consorcio' será el funcionario que nombre el Consorcio como su vocero y representante ante la Fiduciaria.

(l) 'Grupo Alianza Suba' significa la asociación contractual conformada por Estyma, Concay, AIA, Ineconte, Vargas Velandia e Incoequipos.

(m) 'Grupo Constructor', significa la asociación integrada por Estyma, Concay, AIA, Ineconte, Vargas Velandia e Incoequipos, organizada exclusivamente para celebrar y ejecutar el Contrato de Construcción.<sup>54</sup>

(o) 'Partes' significa la Fiduciaria, los Fideicomitentes, Vargas Velandia e Incoequipos.

El objeto y finalidad original del Contrato de Fiducia, fue la siguiente según se observa en el artículo II, Sección 2.01.

**"SECCIÓN 2.01. Objeto y Finalidad.** Por el presente Contrato de Fiducia, los Fideicomitentes, debidamente autorizados por la Cláusula 18.5 del Contrato de Concesión, constituyen un patrimonio autónomo denominado Alianza Suba Tramo II (el "Patrimonio Autónomo"), que tiene como finalidad (i) como cesionario y titular de los Derechos Económicos servir como instrumento para la recepción de todos los pagos que deban hacer el IDU y Transmilenio de conformidad con lo previsto en el Contrato de Concesión; (ii) servir como Deudor del Préstamo en los términos previstos en los Documentos del Crédito; (iii) realizar los pagos necesarios para llevar a cabo el Proyecto en la Etapa de Construcción y Etapa de Mantenimiento, y (iv) en dicha calidad, servir como instrumento de respaldo y fuente de pago para los pagos capital y de intereses del Préstamo en cada Fecha de Pago de Capital y Fecha de Pago de Intereses, respectivamente, en los términos previstos en los Documentos del Crédito y el presente Contrato de Fiducia. No obstante lo anterior, queda expresamente acordado y entendido Patrimonio Autónomo no constituye una garantía de fuente de pago de los Préstamos, pues las Subcuentas del Patrimonio Autónomo se nutrirán única y exclusivamente con las sumas de dinero que pague Transmilenio y el IDU en cumplimiento del Contrato de Concesión, y con las Contribuciones de Capital que realicen los miembros del

<sup>54</sup> Cuarta Modificación al Contrato de Fiducia, Artículo 1., Sección 1.01., Literal y.

TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO DE  
ESTYMA S.A., CONCA Y S.A., ARQUITECTOS E INGENIEROS ASOCIADOS S.A., CONSTRUCTORA INECON-TE LTDA e  
INCOEQUIPOS S.A. Vs. VARGAS VELANDIA LTDA (XIE S.A.)

Grupo Alianza Suba, y la Fiduciaria, como vocera Autónoma, no ofrece garantía alguna sobre la puntualidad y suficiencia de cualquiera de los antedichos pagos”.

Sobre los bienes fideicomitidos, el perfeccionamiento de la cesión de los Derechos Económicos y la Transferencia de las Contribuciones de Capital, se señaló lo siguiente:

SECCION 2.02. Bienes Fideicomitidos. Con sujeción a las finalidades previstas en la Sección 2.01, los Fideicomitentes transfieren al Patrimonio Autónomo a título de fiducia mercantil irrevocable de administración y de fuente de pago (i) todos los Derechos Económicos, sin que el Consorcio se desprenda de las obligaciones a su cargo relativas a la ejecución del Contrato de Concesión; (ii) todas las Contribuciones de Capital; (iii) el derecho y posesión que tienen y ejercen sobre los bienes y derechos que se detallan y valoran en el Anexo I; y (iv) los rendimientos que produzcan las Inversiones Permitidas (todos los anteriores, se denominarán colectivamente los “Bienes Fideicomitidos”). Los Bienes Fideicomitidos se mantendrán separados del resto del activo de la Fiduciaria y de los que correspondan a otros negocios fiduciarios. El Patrimonio Autónomo tendrá su propia contabilidad en los términos fijados por la Superintendencia Bancaria.

SECCION 2.03. Perfeccionamiento de la cesión de los Derechos Económicos. Para perfeccionar la cesión de los Derechos Económicos por parte de los Fideicomitentes al Patrimonio Autónomo, dentro de los tres (3) días calendario siguientes a la suscripción del presente Contrato de Fiducia, los Fideicomitentes por medio del Funcionario Responsable del Consorcio, radicarán en el IDU y en Transmilenio, una comunicación en la cual notifiquen la cesión irrevocable del cien por ciento (100%) de los Derechos Económicos a favor del Patrimonio Autónomo, y soliciten al IDU y a Transmilenio una comunicación en la cual reconocen la efectividad de la antedicha cesión, y que cualquier pago que desconozca esta cesión se tendrá por no realizado. En la comunicación a la que se refiere la oración anterior se dejará expresa constancia que cualquier modificación o la terminación del Contrato de Concesión será comunicada por escrito a la Fiduciaria como vocera del Patrimonio Autónomo. Copia de esta comunicación será entregada a la Fiduciaria por los Fideicomitentes. Los Fideicomitentes deberán presentar a la Fiduciaria, la comunicación suscrita por los representantes legales del IDU y Transmilenio S.A., en la que éstos acepten la cesión irrevocable de los derechos económicos derivados del Contrato de Concesión.

SECCION 2.04. Transferencia de las Contribuciones de Capital. La transferencia de las Contribuciones de Capital que de conformidad con lo previsto en el Acuerdo deben realizar Vargas Velandia e Incoequipos por cuenta de los Fideicomitentes al Patrimonio Autónomo, se realizará en los términos y condiciones previstos en el Anexo II de este Contrato de Fiducia. -

Los términos y condiciones previstos en el citado Anexo II fueron los siguientes:

#### COMPROMISOS DE CONTRIBUCIONES DE CAPITAL

**PRIMERO Contribuciones de Capital y Distribuciones de la Subcuenta de Excedentes de Flujo de Caja.**

TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO DE  
ESTYMA S.A., CONCA Y S.A., ARQUITECTOS E INGENIEROS ASOCIADOS S.A., CONSTRUCTORA INECON-TE LTDA e  
INCOEQUIPOS S.A. Vs. VARGAS VELANDIA LTDA (XIE S.A.)

---

(a) Contribuciones de Capital. Cada uno de los Fideicomitentes, Estyma, Conca y, AIA e Ineconte, actuando por su propia cuenta; y cada uno de Vargas Velandia, e Incoequipos actuando por cuenta de los Fideicomitentes, será responsable de realizar a ordenes de la Subcuenta de Aportes de Capital del Patrimonio Autónomo, las Contribuciones de Capital que se indican en el artículo Segundo del presente Anexo del Contrato de Fiducia, en las proporciones que se indican a continuación:

| PARTE           | PROPORCIÓN            |
|-----------------|-----------------------|
| Estyma          | Una sexta (1/6) parte |
| Conca y         | Una sexta (1/6) parte |
| ATA             | Una sexta (1/6) parte |
| Ineconte        | Una sexta (1/6) parte |
| Vargas Velandia | Una sexta (1/6) parte |
| Incoequipos     | Una sexta (1/6) parte |

(b) Distribución de Flujo de Caja Libre. Cada uno de Estyma, Conca y, AIA, Ineconte, Vargas Velandia, e Incoequipos en sus respectivas calidades de miembros del Grupo Alianza Suba y beneficiarios de la Subcuenta de Excedentes de Flujo de Caja, tendrán el derecho a participar de los recursos disponibles en la Subcuenta de Excedentes de Flujo de Caja del Patrimonio Autónomo ("Flujo de Caja Libre") en las proporciones que se indican a continuación:

| PARTE           | PROPORCIÓN            |
|-----------------|-----------------------|
| Estyma          | Una sexta (1/6) parte |
| Conca y         | Una sexta (1/6) parte |
| ATA             | Una sexta (1/6) parte |
| Ineconte        | Una sexta (1/6) parte |
| Vargas Velandia | Una sexta (1/6) parte |
| Incoequipos     | Una sexta (1/6) parte |

(c) Derecho de Acrecimiento de Participaciones sobre el Flujo de Caja Libre. No obstante lo anterior, si alguno de Estyma, Conca y, AIA, Ineconte, Vargas Velandia, e/o Incoequipos no pudiere, o no estuviere en disposición para cumplir con todo a parte de lo que le corresponde a cada uno de las Contribuciones de Capital (la "Parte No Contribuyente"), otra u otras de las Partes podrán suplir el faltante del Aporte de Capital con sus propios recursos (la "Parte Contribuyente"). En este evento, la(s) Parte(s) Contribuyente(s) acrecerá(n) su participación el Flujo de Caja Libre a costa de la participación en el Flujo de Caja Libre de la Parte No Contribuyente. Lo anterior sin perjuicio de los demás eventos de acrecimiento de las participaciones sobre el Flujo de Caja Libre previstas en el Acuerdo Interno. En cualquier caso, la Parte Contribuyente y la Parte No Contribuyente deberán dar aviso a la Fiduciaria de los eventos de acrecimiento de las participaciones sobre el Flujo de caja Libre, para que disponga lo pertinente en la distribución del Flujo de Caja Libre. La ausencia de notificación a la Fiduciaria resultará en la inoponibilidad del evento de acrecimiento frente a la Fiduciaria.

(d) Nada de lo que se prevé en el presente artículo, en particular la regulación de crecimiento de participaciones sobre el Flujo de Caja Libre, afectarán las mayorías mínimas para deliberar y decidir de los órganos de dirección y administración del Consorcio, del Grupo Alianza Suba y el Grupo Constructor, las cuales, en cualquier caso, deben estar conformadas por un número plural de accionistas o miembros (según corresponda) que representen por lo menos la mitad más uno de todos los miembros o accionistas (según sea el caso).

(e) Para la consecución de estos fondos, cada uno de Estyma, Concai, AIA, Ineconte, Vargas Velandia, e Incoequipos podrán constituir sobre sus propios bienes (incluyendo sus participaciones sobre los Flujos Libre de Caja) los gravámenes y cauciones que considere conveniente y/o necesarios para la consecución de los recursos que sean necesarios para realizar las Contribuciones de Capital.

(f) Cada uno de Estyma, Concai, AIA, Ineconte, Vargas Velandia, e Incoequipos podrá dar en garantía de sus propias obligaciones o de terceros, el derecho de participar sobre el Flujo de Caja Libre.

### **TERCERO. Monto y Realización de las Contribuciones de Capital.**

(a) Estyma, Concai, AIA e Ineconte actuando en calidad de Fideicomitentes, y Vargas Velandia, e Incoequipos actuando en calidad de aportantes de Contribuciones de Capital por cuenta de los Fideicomitentes, se obligan frente al Patrimonio Autónomo, de manera individual, independiente y sin solidaridad alguna, en la proporción indicada en la Sección 1(d) de este Anexo, a realizar Contribuciones de Capital hasta por la suma máxima de DIECIOCHO MIL CINCUENTA MILLONES DE PESOS (\$18.050.000.000), los cuales se deberán realizar en las cuantías y en las épocas que se fijan en la presente Sección.

(b) Con la suscripción del Contrato de Fiducia, Estyma, Concai, AIA, Ineconte, Vargas Velandia, y Incoequipos transfieren a ordenes del Patrimonio Autónomo, para la creación de la Subcuenta de Interventoría la suma de MIL DOSCIENTOS SESENTA Y UN MILLONES TRESCIENTOS SETENTA Y SIETE MIL SETECIENTOS CUARENTA Y CINCO PESOS (\$1.261.377.745,00) que corresponde al primer aporte que se debe hacer a la Subcuenta de Interventoría según lo previsto en la Cláusula 5.11.1 y 28.3.2(a) del Contrato de Concesión, suma que deberán aportar al Patrimonio Autónomo con destino a la Subcuenta de Interventoría, los miembros de la Alianza en las calidades indicadas en este anexo, al día siguiente a la suscripción del presente contrato.

(c) Posteriormente, con por lo menos cinco (5) días hábiles anteriores al inicio del mes que se señala en la siguiente tabla, Estyma, Concai, AIA, Ineconte, Vargas Velandia, y Incoequipos, se obligan a transferir, en las proporciones ya indicadas, a ordenes del Patrimonio Autónomo, en la Subcuenta de Contribuciones de Capital, las siguientes sumas de dinero:

*Mes*

*Contribución de Capital*

*Millones de Pesos*

TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO DE  
ESTYMA S.A., CONCAY S.A., ARQUITECTOS E INGENIEROS ASOCIADOS S.A., CONSTRUCTORA INECON-TE LTDA e  
INCOEQUIPOS S.A. Vs. VARGAS VELANDIA LTDA (XIE S.A.)

---

|                      |                  |
|----------------------|------------------|
| <i>Octubre -03</i>   | <i>560,00</i>    |
| <i>Noviembre-03</i>  | <i>800,00</i>    |
| <i>Diciembre -03</i> | <i>800,00</i>    |
| <i>Enero-04</i>      | <i>1.200,00</i>  |
| <i>Febrero-04</i>    | <i>800,00</i>    |
| <i>Marzo-04</i>      | <i>800,00</i>    |
| <i>Abril-04</i>      | <i>800,00</i>    |
| <i>Mayo-04</i>       | <i>800,00</i>    |
| <i>Junio-04</i>      | <i>800,00</i>    |
| <i>Julio-04</i>      | <i>800,00</i>    |
| <i>Agosto-04</i>     | <i>800,00</i>    |
| <i>Septiembre-04</i> | <i>800,00</i>    |
| <i>Octubre-04</i>    | <i>800,00</i>    |
| <i>Noviembre-04</i>  | <i>800,00</i>    |
| <i>Diciembre-04</i>  | <i>800,00</i>    |
| <i>Enero-05</i>      | <i>800,00</i>    |
| <i>Febrero-95</i>    | <i>800,00</i>    |
| <i>Marzo-95</i>      | <i>800,00</i>    |
| <i>Abril-05</i>      | <i>662,00</i>    |
| <b>Total</b>         | <b>15.222,00</b> |

4. **Anticipación de las Contribución de Capital.** No obstante las fechas y cantidades establecidas en la Sección 3(c) de este Anexo como las fechas y cantidades en que deben realizarse las Contribuciones de Capital, Estyma, Concay, AIA, Inecon te, Vargas Velandia e Incoequipos expresamente reconocen y aceptan que la aceleración de los plazos para el pago de los Préstamos conforme a lo previsto en los Documentos del Crédito, tendrá como efecto anticipar el vencimiento de las Contribuciones de Capital y por lo tanto la parte que no haya sido pagada será pagadera inmediatamente se los notifique la Fiduciaria, sin necesidad de presentación, reconvención privada o judicial, requerimiento o notificación adicional de cualquier naturaleza a todas las cuales renuncian irrevocablemente.

5. **Declaración de Garantías.** Cada uno de Estyma, Concay, AIA, Inecon te, Vargas Velandia e Incoequipos declara y garantiza a la Fiduciaria, como vocera del patrimonio Autónomo, lo siguiente:

(a) Que el presente Anexo constituye una obligación válida y exigible frente a cada uno de Estyma, Concay, AIA, Inecon te, Vargas Velandia e Incoequipos conforme a sus términos.

(b) Que el incumplimiento del presente Anexo constituye un incumplimiento del Contrato de Fiducia.



(c) Que en calidad de Fideicomitentes, aportantes por cuenta de los Fideicomitentes y Beneficiarios, sólo tienen derecho a participar en los Flujos de Caja Libre de la manera como se indica en el presente Acuerdo y en el Contrato de Fiducia, y que sobre las demás sumas en el patrimonio Autónomo no tienen derecho alguno.

(d) Que por virtud del presente Anexo la Fiduciaria no tiene obligaciones salvo (i) la de recibir los Aportes de Capital y de distribuir el Flujo de Caja Libre, tal como se especifica en este Acuerdo y el Contrato de Fiducia, y (ii) vigilar el cabal y puntual cumplimiento de las obligaciones a cargo de Estyma, Conca y, AIA, Inecon, Vargas Velandia, e Incoequipos, a nombre propio pero en interés de los Prestamistas (tal como este término se defina en los Documentos del Crédito).

5. **Modificaciones.** Cualquier modificación al presente Anexo deberá constar en un escrito suscrito por todas las Partes del Contrato de Fiducia. Para el efecto la Fiduciaria, deberá recibir instrucciones del Agente Administrativo (tal como este término se defina bajo los Documentos del Crédito), quién a su vez deberá actuar en este caso bajo instrucciones de los Prestamistas Requeridos (tal como este término se defina bajo los Documentos del Crédito).

6. **Vigencia.** Este Acuerdo se mantendrá vigente y será exigible frente a cada miembro del Grupo Alianza Suba, en tanto el Contrato de Fiducia esté vigente.

La Fiduciaria como vocera del Patrimonio Autónomo se obligó a contabilizar, administrar y manejar todos los fondos que correspondían a los pagos que debiera hacer y desembolsos que le correspondiera recibir como Deudor y titular de los Bienes Fideicomitados, mediante la utilización de Subcuentas independientes y autónomas registradas en la contabilidad del Patrimonio Autónomo, para lo cual se obligó a abrir y mantener las siguientes cuentas y subcuentas:

- (a) La Subcuenta Principal.
- (b) La Subcuenta de Interventoría.
- (c) La Subcuenta de Pagos.
- (d) La Subcuenta de Fondos del Préstamo.
- (e) La Subcuenta de Aportes de Capital.
- (f) La Subcuenta para el Pago de Intereses.
- (g) La Subcuenta de Reserva para el Pago de intereses.
- (h) La Subcuenta de Construcción.
- (i) La Subcuenta para el Pago de Capital.
- (j) La Subcuenta de Reserva para Mantenimiento.
- (k) La Subcuenta de Excedentes de Flujo de caja

La Fiduciaria como vocera del Patrimonio Autónomo sería el único y exclusivo titular de las Subcuentas, y salvo por la Fiduciaria y sus funcionarios, ninguna otra persona quedó autorizada para hacer manejos, traslados y/o retiros de las Subcuentas.

La Subcuenta Principal se nutrió con (i) los traslados que se le hicieron o hacen desde la Subcuenta de Pagos, (ii) los traslados que se le hicieron desde

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO DE  
ESTYMA S.A., CONCA Y S.A., ARQUITECTOS E INGENIEROS ASOCIADOS S.A., CONSTRUCTORA INECON-TE LTDA e  
INCOEQUIPOS S.A. Vs. VARGAS VELANDIA LTDA (XIE S.A.)

la Subcuenta de de Fondos del Préstamo, (iii) los traslados que se le hicieron desde la Subcuenta de Aportes de Capital y (iv) los traslados que se le hicieron desde la Subcuenta de Construcción. A su vez, los siguientes fueron y/o son los usos de los recursos de esta Subcuenta Principal, para lo cual la Fiduciaria como vocera del patrimonio autónomo observa y debe observar con rigor el orden y prelación de los traslados en la forma que a continuación se detallaron, de manera que se atiendan los pagos en el orden establecido:

- (1) Pago De Impuestos.
- (2) Traslados a la Subcuenta de Interventoría
- (3) Pago de Comisión Fiduciaria
- (4) Gastos Administrativos del Patrimonio Autónomo
- (5) Honorarios para los agentes estructuradores
- (6) Honorarios Agente Administrativo
- (7) Comisión de Participación
- (8) Comisión de Compromiso
- (9) Traslados a la Subcuenta para el Pago de Intereses
- (10) Traslado a la Subcuenta de Reserva para pago de Intereses
- (11) Cubrimiento de Déficit de la Subcuenta para el Pago de Intereses
- (12) Traslado a la Subcuenta de Construcción. Los fondos disponibles en ella se utilizarían exclusivamente para pagar todos los honorario, costos, gastos y erogaciones que debían hacer al Grupo Constructor y/o a terceros en cumplimiento del Contrato de Construcción para el desarrollo de las Obras y actividades previstas en el Contrato de Construcción durante la Etapa de Construcción, incluyendo sin limitación el pago de honorarios a Subcontratistas, pago de cargas laborales y prestacionales, compra de materiales, etc., para lo cual, dentro de los cinco días hábiles de cada mes durante la Etapa de Construcción, el Funcionario Responsable debía presentar a la Fiduciaria una Programación de Pagos mensuales que debían realizarse al y por el Grupo Constructor durante el mes calendario inmediatamente siguiente, en la cual se indicaría el destinatario del pago, el monto, las retenciones tributarias aplicables, la fecha en la cual se realizaría y el medio utilizable y en el orden en que se listarían en la respectiva Programación. Al término de la Etapa de Construcción, de la manera prevista en la Cláusula 26.1 del Contrato de Concesión, se trasladarían todos los recursos que en ese momento estuvieran disponibles en la Subcuenta de Construcción a la Subcuenta Principal.
- (13) Gastos Administrativos y Operativos del Grupo Alianza Suba, para lo cual, a partir de la fecha del Primer Desembolso y hasta terminar la Etapa de Construcción, si hubiere recursos disponible en el Subcuenta Principal, mensualmente la Fiduciaria trasladaría la suma que indicara el Funcionario Responsable del Consorcio, sin que excediera de \$100.000.000 para el respectivo mes, conforme a lo previsto en el Reglamento de Crédito.
- (14) Traslados a la Subcuenta para el Pago de Capital

De esta manera, las personas y las Subcuentas citadas en el orden anterior, serían los beneficiarios exclusivos de la Subcuenta Principal y por lo tanto las

sumas especificadas en la misma sólo podrían ser utilizadas para los fines especificados.

Finalmente, si después de hacer la totalidad de los traslados de que tratan los numerales anteriores, en cada uno de los meses existieren excedentes de recursos en la Subcuenta Principal, tales excedentes debían trasladarse mensualmente a la Subcuenta de Excedentes de Flujo de Caja. Igualmente, si después de realizar todos los pagos de intereses y de capital de los préstamos, existieren sumas disponibles en la Subcuenta de Reserva para el Pago de Intereses, también estos recursos serían trasladados a la Subcuenta de Excedentes de Flujo de Caja. Así mismo, si al finalizar la Etapa de Mantenimiento llegaren a sobrar recursos en la Subcuenta de Reserva para Mantenimiento, tales recursos deben ser trasladados a la Subcuenta de Excedentes de Flujo de Caja. En consecuencia, la Subcuenta de Excedentes de Flujo de Caja se fondea con los traslados que se le hacen desde la Subcuenta Principal, la Subcuenta de Reserva para el Pago de Intereses y la Subcuenta para Mantenimiento en los términos señalados. A su vez, los fondos disponibles en ella serían transferidos conforme a las siguientes reglas:

- (1) Prepagos Voluntarios del Préstamo
- (2) Traslados a órdenes del Grupo Alianza Suba con la observancia de las limitaciones previstas para estas transferencias conforme se previera en el Reglamento de Crédito. Aquí quedó expresamente entendido que después de realizar los traslados de los fondos que estuvieren disponibles en la Subcuenta de Excedentes de Flujo de Caja, la Fiduciaria ya no tendría responsabilidad alguna por la destinación o uso que se le diera a tales fondos por parte de los miembros del Grupo Alianza Suba.
- (3) La Fiduciaria como vocera del Patrimonio Autónomo administraría los recursos de la Subcuenta de Excedentes de Flujo de Caja de manera totalmente separada de los recursos atribuibles a las demás Subcuentas- del Patrimonio Autónomo, y podrían ser utilizadas solamente para los fines especificados. Por lo tanto, la Fiduciaria podría realizar Inversiones independientes y separadas con los fondos de la Subcuenta de Excedentes de Flujo de Caja, y los rendimientos derivados de tales Inversiones acrecerían las sumas de la Subcuenta de Excedentes de Flujo de Caja, y tales rendimientos no serían susceptibles de deducciones por concepto de comisión fiduciaria, pero sí con los gastos de administración del Fondo Común Ordinario.
- (4) Los Miembros del Grupo Alianza Suba serían los beneficiarios exclusivos de la Subcuenta de Excedentes de Flujo de Caja la cual se destinaría a los fines que expresamente se establecieron en el Contrato de Fiducia. En caso de incumplimiento del Contrato de Concesión y/o los documentos de crédito atribuibles a los Fideicomitentes que culminare con la Toma de Posesión del Proyecto y del Contrato de Concesión en los términos de la Cláusula 31 del Contrato de Concesión, el nuevo Concesionario o los Prestamistas, según quien asumiera las obligaciones de los Fideicomitentes bajo el Contrato de Concesión, sería el nuevo beneficiario respecto a la Subcuenta de Excedentes de Flujo de Caja en los términos del Contrato de Fiducia.

Sin perjuicio de los demás derechos previstos en el Contrato de Fiducia a favor de los Fideicomitentes, en él se pactó que tendrían el derecho a inspeccionar en cualquier tiempo la contabilidad del Patrimonio Autónomo; tener acceso a los reportes y demás informaciones que consideraren necesaria respecto de las inversiones permitidas realizadas con los fondos de la Subcuenta de Excedentes de Flujo de Caja y a que le sean entregadas las sumas que se encuentran en la Subcuenta de Excedentes de Flujo de Caja de conformidad con lo previsto en el Contrato de Fiducia (Artículo VIII).

A su vez, sin perjuicio de los demás derechos previstos en el Contrato de Fiducia a favor de los miembros del Grupo Alianza Suba aportantes a capital –esto es, INCOEQUIPOS y VARGAS VELANDIA LTDA, en él se pactó que tendrían los mismos derechos que los fideicomitentes. (Artículo X).

El citado Contrato de Fiducia Mercantil fue modificado en cuatro oportunidades, siendo la última la Cuarta Modificación aprobada de manera previa, expresa y escrita por el IDU, de conformidad con el Contrato de Concesión, por los miembros del Grupo Alianza Suba y por la Fiduciaria, la cual fue suscrita el 30 de enero de 2006, dejando sin efecto alguno la versión anterior del Contrato de Fiducia. Es importante tener en cuenta que esta Modificación se hizo después de creada la Sociedad Constructora Suba S.A., de celebrado el Contrato de Mandato, de presentadas las ofertas para la construcción y de celebrado el Contrato o Pacto de Solidaridad, a todos los cuales se hará referencia más adelante y en plena etapa de Construcción.

Un estudio especial de esta Cuarta Modificación se hará más ampliamente al revisar el tema de la Financiación del Proyecto.

## **9. LA CREACIÓN DE LA SOCIEDAD CONSTRUCTORA SUBA S.A.**

Como consecuencia de los requerimientos de la estructuración financiera de la entidad contratante y exigencia de la banca, para la construcción de las obras, las Sociedades integrantes del Consorcio Alianza Suba – Tramo II - ESTYMA S.A., CONCA Y S.A., ARQUITECTOS E INGENIEROS ASOCIADOS S.A. y CONSTRUCTORA INECON-TE LTDA- junto con las Sociedades VARGAS VELANDIA e INCOEQUIPOS, constituyeron la Sociedad CONSTRUCTORA SUBA S.A., con el fin de que la misma fuera contratada por el Consorcio y la Fiduciaria administradora del Patrimonio Autónomo para la ejecución de las obras del Contrato de Concesión, adquiriendo el Consorcio junto con la Sociedades VARGAS VELANDIA LTDA e INCOEQUIPOS S.A., la calidad de Grupo Constructor, tanto para los efectos del contrato de fiducia como para los efectos del crédito sindicado.

En consecuencia, la constitución de esta Sociedad que no estaba prevista en el Acuerdo del 12 de junio de 2003 ni fue el mecanismo utilizado para participar en la Licitación puesto que como atrás se señaló las Sociedades participantes resolvieron presentarse a ella a través de consorcios, fue el resultado de una

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO DE  
ESTYMA S.A., CONCA Y S.A., ARQUITECTOS E INGENIEROS ASOCIADOS S.A., CONSTRUCTORA INECON-TE LTDA e  
INCOEQUIPOS S.A. Vs. VARGAS VELANDIA LTDA (XIE S.A.)

exigencia de la Fiduciaria y del Grupo de Bancos prestamistas del Proyecto, que solicitaron que la ejecución de las obras fuera subcontratada por el Consorcio con una empresa o con terceros para de esa manera aislar el riesgo constructor del riesgo financiero.

En tal virtud, el 7 de enero de 2004, mediante Escritura Pública No. 20, otorgada en la Notaría 25 del Círculo de Bogotá, se constituyó la Sociedad CONSTRUCTORA SUBA S.A., cuyo objeto principal es “la ejecución para el CONSORCIO ALIANZA SUBA TRAMO II de las obras necesarias y complementarias del contrato de concesión 146-2003, suscrito entre el IDU y el CONSORCIO ALIANZA SUBA - TRAMO II, el cual incluye:

1. Las obras de construcción requeridas para:
  1. La rehabilitación, construcción y adecuación de las calzadas de Transmilenio.
  2. La rehabilitación, construcción y adecuación de las calzadas de tráfico mixto.
  3. La rehabilitación, construcción y/o adecuación de las zonas de espacio público.
  4. La rehabilitación, construcción y adecuación de estaciones y puentes peatonales.
2. Las obras para redes previstas en el listado y descripción de obras del apéndice C del contrato de concesión suscrito entre CONSORCIO ALIANZA SUBA TRAMO II y el IDU
3. Las obras de adecuación de desvíos
4. Las obras complementarias.”

El capital autorizado de la Sociedad fue de la suma de Seis Millones de Pesos \$6.000.000 y el capital suscrito y pagado a la fecha de la escritura fue de Tres millones de Pesos (\$3.000.000), en el cual cada Sociedad tenía un 16.667% el cual equivale al mismo porcentaje de participación señalado en el “Acuerdo” suscrito de 12 de junio de 2003. El capital autorizado podría aumentarse o disminuirse en virtud de la correspondiente reforma estatutaria, aprobada y formalizada conforme a la ley.

Los órganos sociales serían la Asamblea General de Accionistas, la Junta Directiva, el Gerente y el Revisor Fiscal, quienes ejercen las funciones y tienen las facultades que la ley y los Estatutos consagran.

Téngase en cuenta que en sus Estatutos se determinó que para ser adoptadas, las siguientes decisiones requieren la unanimidad de las acciones suscritas:

- a. La autorización a la Sociedad para constituirse en garante de las obligaciones para el desarrollo del objeto social.
- b. La autorización para que los accionistas den sus acciones en prenda.

La forma de ejecutar las obras se haría previa la suscripción de un contrato de mandato sin representación que le conferirían las Sociedades participantes a la Sociedad Constructora Suba S.A. para que a su vez ésta presentara, a nombre propio y bajo su cuenta y riesgo, al Consorcio Alianza Suba -Tramo II

y a la Fiduciaria como vocera del Patrimonio Autónomo Alianza Suba, Oferta Mercantil bajo la modalidad de precio y plazo fijo, para la prestación de servicios de construcción comprendidos dentro de los términos que a su vez constituirían el objeto del Contrato de Concesión N° 146-2003, según se verá en los numerales siguientes.

#### **10. LA SUSCRIPCIÓN DE UN CONTRATO DE MANDATO SIN REPRESENTACIÓN PARA LA PRESTACION DE LOS SERVICIOS DE CONSTRUCCION**

De conformidad con lo anterior, un día después de creada la Sociedad Constructora Suba S.A., el 8 de enero de 2004, el CONSORCIO ALIANZA SUBA – TRAMO II y las Sociedades VARGAS VELANDIA LTDA e INCOEQUIPOS S.A., quienes se denominaron GRUPO ALIANZA SUBA y obraron en su calidad de Mandantes, por una parte y, por la otra, la Sociedad CONSTRUCTORA SUBA S.A., en su calidad de Mandataria, celebraron el Contrato de Mandato sin Representación, en el cual acordaron lo siguiente:

**PRIMERA.- OBJETO DEL CONTRATO:** Por medio del presente contrato de mandato sin representación regulado por las cláusulas del presente convenio y en lo no previstas en ellas, por los artículos 1262 a 1286 del Código de Comercio, el MANDATARIO se obliga a presentar al CONSORCIO ALIANZA SUBA TRAMO II por cuenta del MANDANTE, pero a nombre propio y bajo su cuenta y riesgo, una Oferta Mercantil bajo la modalidad de precio y plazo fijo, para la prestación de servicios de construcción comprendidos dentro de los términos que constituyen el objeto del Contrato de Concesión N° 146-2003 y si fuere expedida la Orden de Compra de correspondiente, llevará a cabo las actividades de construcción. Para tal efecto, deberá administrar y dirigir bajo su responsabilidad administrativa y técnica el desarrollo de las Obras de Adecuación de Desvíos, Obras de Construcción, Obras para Redes, otras Demoliciones, y en general todos los trabajos y actividades que deban adelantarse durante la Etapa de Construcción, pudiendo subcontratar as labores necesarias para la ejecución del mismo.

**PARÁGRAFO PRIMERO:** Por tratarse de un mandato sin representación, EL MANDATARIO será ante terceros con los que contrate, el titular de los derechos y obligaciones que se derivan de los contratos que con ellos celebre. En todo caso, el MANDATARIO no puede apartarse de las instrucciones del MANDANTE al desarrollar el objeto del presente contrato.

**PARÁGRAFO SEGUNDO:** Por esencia misma del contrato El MANDATARIO administrará, dirigirá, contratará y/o vinculará directa o indirectamente con cargo a los recursos del proyecto, todo lo necesario para el cabal desarrollo del mismo. El MANDANTE no adquirirá relación alguna con los subcontratistas. El empleo de tales subcontratistas no relevará al MANDATARIO, de las responsabilidades que asume por las obligaciones emanadas del objeto de la oferta mercantil.

**SEGUNDA.- DOCUMENTOS DEL CONTRATO:** Hacen parte integral del presente contrato:

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO DE  
ESTYMA S.A., CONCAI S.A., ARQUITECTOS E INGENIEROS ASOCIADOS S.A., CONSTRUCTORA INECON-TE LTDA e  
INCOEQUIPOS S.A. Vs. VARGAS VELANDIA LTDA (XIE S.A.)

---

1. Contrato de concesión 146-2003, suscrito entre el Instituto de Desarrollo Urbano y el CONSORCIO ALIANZA SUBA TRAMO II, en lo pertinente, junto con sus apéndices, y modificaciones.
2. Documento de asociación bajo la modalidad de Consorcio mediante el cual se conforma el CONSORCIO ALIANZA SUBA TRAMO II.
3. Acuerdo de conformación del Grupo Alianza Suba suscrito el 12 de junio de 2003.

**TERCERA.- OBLIGACIONES Y DERECHOS DE LOS MANDANTES:**

3.1. Para el cumplimiento del objeto contratado los MANDANTES se obligan a:

1. Pagar los honorarios que se causen a favor del MANDATARIO, por las labores realizadas en virtud del mandato.
2. Atender oportunamente las solicitudes o recomendaciones que le formule el MANDATARIO.
3. Pronunciarse sobre las rendiciones de cuentas,

3.2. Los MANDANTES, en virtud del presente contrato, tienen derecho a:

1. Recibir información veraz y oportuna,
2. Que el MANDATARIO le rinda cuentas sobre la gestión y desarrollo de la construcción,
3. Revisar los reportes y demás información sobre la ejecución de la oferta mercantil.
4. Supervisar las actividades del MANDATARIO con el fin de verificar que se da cumplimiento a los compromisos adquiridos por el Concesionario en desarrollo del contrato 146-2003, durante la Etapa de Construcción

**CUARTA.- OBLIGACIONES DEL MANDATARIO:** Por su parte el MANDATARIO se obliga a:

1. Cumplir con todas y cada una de las obligaciones a cargo de Los MANDANTES, derivadas del Contrato de Concesión, en relación con la oferta mercantil para la prestación de los servicios de construcción y consagrar su actividad de administración exclusivamente a favor de los intereses de estos.
2. Contratar, bajo su cuenta y riesgo, todas aquellas actividades y personal necesarios para atender las actividades de construcción, según se requiera, las cuales se ajustarán a lo dispuesto en el Contrato de Concesión 146-2003 y sus Apéndices.
3. Cumplir con todas las obligaciones adquiridas por el CONSORCIO ALIANZA SUBA TRAMO II en el Contrato de Concesión 146-2003 suscrito con el Instituto de

Desarrollo Urbano, en lo relacionado con las actividades correspondientes a la Etapa de Construcción de dicho contrato, debiendo asumir la responsabilidad en el evento que diera lugar a un incumplimiento.

4. Realizar cortes financieros periódicos o por lo menos una vez al año, y presentar los estados financieros certificados y dictaminados.

5. Presentar un informe mensual sobre el desarrollo de las actividades desarrolladas.

6. Cumplir con todas las obligaciones fiscales que se deriven del presente contrato de mandato en su calidad de MANDATARIO, para lo cual deberá:

a.- Practicar las retenciones en la fuente sobre la renta, ventas CA y timbre establecidas en las normas vigentes.

b.- Presentar las declaraciones y consignar los valores retenidos en los pagos o abonos que efectué en desarrollo del mandato y expedir los respectivos certificados de retención.

c.- Para que el MANDANTE soporte los respectivos costos y deducciones o impuestos descontables, deberá expedir una certificación donde se consigne la cuantía y concepto, la cual deberá ser avalada por el revisor fiscal.

d.- Conservar por el término de cinco años las facturas y demás documentos comerciales que haya ejecutado por cuenta del MANDANTE.

e.- Las facturas o documentos equivalentes serán expedidas en todos los casos por el MANDATARIO, quien identificará en la contabilidad los ingresos recibidos para el MANDANTE y las retenciones efectuadas por cuenta de éste.

f.- Las facturas o documentos equivalentes de los bienes o servicios que el MANDATARIO adquiera en cumplimiento del mandato serán expedidos a su nombre — del MANDATARIO-, en concordancia con las normas fiscales que reglamentan la materia.

g.- Suministrar la información inherente al mandato.

h.- Efectuar las liquidaciones del Impuesto al Valor Agregado (IVA).

i.- Mantener indemne a los MANDANTES en todo lo relacionado con las obligaciones tributarias derivadas de las liquidaciones de los impuestos nacionales y territoriales.

**QUINTA: VALOR DEL CONTRATO.**- El valor del presente contrato es de cuantía indeterminada.

**SEXTA.- REMUNERACIÓN:** EL MANDATARIO tendrá derecho a percibir como contraprestación, una comisión acorde con el desarrollo de sus actividades, la cual será tasada mensualmente por el MANDANTE, más el IVA correspondiente al momento de la causación, de acuerdo con la fórmula que se describe en el Anexo 1



y la cual deberá ser revisada periódicamente. El valor de la Remuneración cubre la totalidad de los costos y gastos administrativos, impuestos, imprevistos y utilidades de este.

**SÉPTIMA.- FORMA DE PAGO:** La suma señalada en la cláusula anterior será cancelada en pagos mensuales, previa presentación de la factura de venta de prestación de servicios.

**OCTAVA.- PLAZO:** El plazo de este contrato estará sujeto al cumplimiento del objeto de la oferta mercantil de prestación de servicios de construcción y al plazo establecido en la misma para su ejecución, pero podrá ser prorrogable o modificable por las partes.

**NOVENA.- CONTRATACIÓN DE PERSONAL, SALARIOS Y PRESTACIONES SOCIALES:** El MANDATARIO contratará al personal que requiera para la ejecución del presente contrato. Por lo tanto, serán de cuenta exclusiva del MANDATARIO como contratista independiente, en razón de ser un mandatario sin representación, los sueldos, prestaciones sociales, vacaciones e indemnizaciones a que haya lugar y toda obligación de orden laboral que adquiera con el personal contratado, sin que el MANDANTE adquiera responsabilidad alguna por estos pagos.

**DÉCIMA. TERMINACIÓN ANTICIPADA:** El incumplimiento reiterativo por cualquiera de las partes del presente contrato, que afecte en forma grave el normal desarrollo del mismo, dará derecho a cualquiera de éstas a darlo por terminado y le permitirá iniciar las acciones legales pertinentes.

**UNDÉCIMA.- SUBCONTRATOS:** Por esencia misma del contrato El MANDATARIO administrará, dirigirá, contratará y/o vinculará directa o indirectamente con cargo a los recursos del proyecto, todo lo necesario para el cabal desarrollo del mismo. Los MANDANTES no adquirirán relación alguna con los subcontratistas. El empleo de tales subcontratistas no relevará al MANDATARIO, de las responsabilidades que asume por las obligaciones emanadas del objeto de la oferta mercantil. De conformidad con lo anterior, el MANDATARIO queda expresamente facultado para subcontratar en forma parcial el cumplimiento de las obligaciones del contrato, pero será el único responsable de la celebración de los subcontratos.

El 15 de enero de 2004, las Partes suscribieron el Otrosí No. 1 al Contrato de Mandato sin Representación con el objeto de adicionar las cláusulas 3 y 4 e implementar un procedimiento para el reembolso de gastos, de conformidad con las siguientes cláusulas:

**“PRIMERA.- MODIFICAR LA CLÁUSULA TERCERA “OBLIGACIONES Y DERECHOS DE LOS MANDANTES”** en el sentido de adicionar los derechos y obligaciones en cabeza de los Mandantes que se señalan a continuación. Para efectos de dar claridad al contenido de la cláusula lo adicionado será subrayado.

**TERCERA.- OBLIGACIONES Y DERECHOS DE LOS MANDANTES:**

3.1. Para el cumplimiento del objeto contratado los MANDANTES se obligan a:

1. Pagar los honorarios que se causen a favor del MANDATARIO, por las labores realizadas en virtud del mandato.
2. Atender oportunamente las solicitudes o recomendaciones que le formule el MANDATARIO.
3. Pronunciarse sobre las rendiciones de cuentas.
4. Dar la asistencia técnica requerida por el MANDATARIO en la ejecución de las obras previstas en el Contrato de Concesión 146 -2003 y que se constituyen como el objeto de la Oferta Mercantil de Servicios de Construcción que CONSTRUCTORA SUBA S.A. presentará al CONSORCIO ALIANZA SUBA TRAMO II y a FIDUCOLOMBIA en calidad de vocera del patrimonio autónomo Alianza Suba Tramo II

3.2. Los MANDANTES, en virtud del presente contrato, tienen derecho a:

1. Recibir información veraz y oportuna,
2. Que el MANDATARIO le rinda cuentas sobre la gestión y desarrollo de la construcción.
3. Revisar los reportes y demás información sobre la ejecución de la oferta mercantil.
4. Supervisar las actividades del MANDATARIO con el fin de verificar que se da cumplimiento a los compromisos adquiridos por el Concesionario en desarrollo del contrato 146-2003, durante la Etapa de Construcción.
5. Que se le reconozcan los gastos en que incurran en desarrollo del apoyo técnico prestado al MANDATARIO, los cuales serán a cargo de la Oferta Mercantil que CONSTRUCTORA SUBA S.A. presentará al CONSORCIO ALIANZA SUBA TRAMO II y a FIDUCOLOMBIA en calidad de vocera del patrimonio autónomo Alianza Suba Tramo II.

**SEGUNDA.- MODIFICAR LA CLÁUSULA CUARTA "OBLIGACIONES DEL MANDATARIO"** en el sentido de precisar el alcance de la obligación contenida en el numeral 3° de esta cláusula. Para efectos de dar claridad al contenido de la cláusula, el texto objeto de aclaración será subrayado.

**CUARTA.- OBLIGACIONES DEL MANDATARIO:** Por su parte el MANDATARIO se obliga a:

1. Cumplir con todas y cada una de las obligaciones a cargo de Los MANDANTES, derivadas del Contrato de Concesión, en relación con la oferta mercantil para la prestación de los servicios de construcción y consagrar su actividad de administración exclusivamente a favor de los intereses de estos.

- 
2. Contratar, bajo su cuenta y riesgo, todas aquellas actividades y personal necesarios para atender las actividades de construcción, según se requiera, las cuales se ajustarán a lo dispuesto en el Contrato de Concesión 146-2003 y sus Apéndices.
  3. Cumplir con todas las obligaciones adquiridas por el CONSORCIO ALIANZA SUBA TRAMO II en el Contrato de Concesión 146-2003 suscrito con el Instituto de Desarrollo Urbano, en lo relacionado con la ejecución de las actividades correspondientes a la Etapa de Construcción de dicho contrato, debiendo asumir la responsabilidad contractual, extracontractual, civil, fiscal o de cualquier otros tipo derivada de dicha ejecución, ya sea por incumplimiento de las obligaciones a su cargo, o por la ocurrencia de hechos imprevistos, de fuerza mayor o caso fortuito que dieran lugar al ejercicio de cualquier tipo de acción, reclamación o demanda.
  4. Realizar cortes financieros periódicos o por lo menos una vez al año, y presentar los estados financieros certificados y dictaminados.
  5. Presentar un informe mensual sobre el desarrollo de las actividades desarrolladas.
  6. Cumplir con todas las obligaciones fiscales que se deriven del presente contrato de mandato en su calidad de MANDA TARIO, para lo cual deberá:
    - a. - Practicar las retenciones en la fuente sobre la renta, ventas ICA y timbre establecidas en las normas vigentes.
    - b. - Presentar las declaraciones y consignar los valores retenidos en los pagos o abonos que efectuó en desarrollo del mandato y expedir los respectivos certificados de retención.
    - c. - Para que el MANDANTE soporte los respectivos costos y deducciones o impuestos descontables, deberá expedir una certificación donde se consigne la cuantía y concepto, la cual deberá ser avalada por el revisor fiscal.
    - d. - Conservar por el término de cinco años las facturas y demás documentos comerciales que haya ejecutado por cuenta del MANDANTE.
    - e. - Las facturas o documentos equivalentes serán expedidas en todos los casos por el MANDATARIO, quien identificará en la contabilidad los ingresos recibidos para el MANDANTE y las retenciones efectuadas por cuenta de éste.
    - f. - Las facturas o documentos equivalentes de los bienes o servicios que el MANDATARIO adquiera en cumplimiento del mandato serán expedidos a su nombre – del MANDATARIO -, en concordancia con las normas fiscales que reglamentan la materia.
    - g. - Suministrar la información inherente al mandato.
    - h. - Efectuar las liquidaciones del Impuesto al Valor Agregado (IVA).

- i. - Mantener indemne a los MANDANTES en todo lo relacionado con las obligaciones tributarias derivadas de las liquidaciones de los impuestos nacionales y territoriales.

**TERCERA: PROCEDIMIENTO PARA EL REEMBOLSO DE GASTOS POR LA PRESTACIÓN DEL APOYO TÉCNICO ESTABLECIDO EN LA CLÁUSULA TERCERA DEL CONTRATO DE MANDATO.-** Con el fin de proceder al reconocimiento de los gastos previstos en el subnumeral 5° del numeral 3.2. de la cláusula tercera del Contrato de Mandato para la prestación de Servicios de Construcción suscrito el 7 de enero de 2004 y adicionado mediante el presente Otrosí, se establece el siguiente procedimiento para el reconocimiento de los gastos correspondientes al apoyo técnico prestado al MANDATARIO por parte de los MANDANTES.

1. Los MANDANTES deberán presentar mensualmente, dentro de los cinco primeros días hábiles de cada mes, la facturación correspondiente al mes inmediatamente anterior discriminando en la respectiva factura:

- a. Gastos de personal, especificando en los mismos:
  - Aportes al Sistema de Seguridad Social Integral.
  - Aportes parafiscales (SENA, ICBF y Cajas de Compensación Familiar).
  - Prestaciones sociales.
  - Transporte de personal.
  - Auxilios de alimentación entregados al personal a su cargo.
- b. Honorarios por asesorías o servicios técnicos.
- c. Ensayos y mediciones técnicas.
- d. Arrendamientos de oficinas pagados a terceros.
- e. Alquileres de equipo y dotación de oficinas pagados a terceros.
- f. Servicios públicos de los campamentos y locaciones.
- g. Servicios de Internet y comunicaciones.
- h. Servicios de vigilancia y aseo

La factura presentada deberá estar acompañada de los respectivos soportes que la validen.

2. Una vez recibida la información correspondiente, el MANDATARIO procederá a verificar la misma y efectuar el reembolso dentro de los diez (10) días hábiles siguientes.

**CUARTA.-** Las demás cláusulas y condiciones del Contrato de Mandato para la prestación de Servicios de Construcción no modificadas mediante el presente Otrosí N° 1 continúan vigentes en lo que no se oponga a lo aquí escrito”.

Este Contrato de Mandato tuvo como finalidad principal, aunque no explícita, evitar, conforme a la ley una doble tributación, al mismo tiempo que permitiría que las Sociedades Mandantes pudieran acumular para sí la experiencia en la ejecución de la obra, puesto que el día anterior las mismas Sociedades habían constituido la Sociedad Constructora Suba S.A. que tenía por objeto principal la misma finalidad.

En todo caso, tal y como se señaló en el Otrosí del 15 de Enero, con el propósito de aislar el riesgo constructor del riesgo financiero en la forma exigida por los bancos prestamistas, correspondía a la Constructora Suba cumplir con todas las obligaciones adquiridas por el CONSORCIO ALIANZA SUBA TRAMO II en el Contrato de Concesión 146-2003, suscrito con el Instituto de Desarrollo Urbano, en lo relacionado con la ejecución de las actividades correspondientes a la Etapa de Construcción de dicho contrato, debiendo asumir la responsabilidad contractual, extracontractual, civil, fiscal o de cualquier otros tipo derivada de dicha ejecución, ya sea por incumplimiento de las obligaciones a su cargo, o por la ocurrencia de hechos imprevistos, de fuerza mayor o caso fortuito que dieran lugar al ejercicio de cualquier tipo de acción, reclamación o demanda.

#### **11. LA PRESENTACIÓN DE LAS OFERTAS COMERCIALES POR PARTE DE CONSTRUCTORA SUBA S.A. AL CONSORCIO ALIANZA SUBA TRAMO II y a FIDUCOLOMBIA**

El 13 de enero de 2004, la Sociedad CONSTRUCTORA SUBA S.A., en desarrollo su objeto (conforme a lo previsto en el artículo 3 de sus Estatutos) y en cumplimiento del Contrato de Mandato anterior y apoyada en la autorización prevista en la Cláusula 46.1 del Contrato de Concesión presentó al Consorcio Alianza Suba Tramo II y al Patrimonio Autónomo Alianza Suba Tramo II, por conducto de Fiducolombia S.A. en calidad de vocera del mismo, Oferta mercantil irrevocable para la subcontratación por parte del Consorcio, bajo la modalidad de precio y plazo fijo, del suministro de materiales y equipos y ejecución de las obras de construcción y obras para redes comprendidas dentro del objeto del Contrato de Concesión No. 146-2003 celebrado entre el Consorcio Alianza Suba Tramo II y el IDU y TRANSMILENIO, oferta que fue aceptada dentro del término legal, mediante comunicación suscrita por el representante legal del Consorcio Alianza Suba Tramo II y la Fiducolombia S.A., en calidad de vocera del patrimonio autónomo.

En ella se determinó que el valor máximo de los gastos y erogaciones en que incurría el Oferente por la prestación de los Servicios sería el previsto en el Programa de Inversión Mensual o PIM, el cual solo podría ser modificado siempre que mediara acuerdo previo y escrito entre el Oferente, el Consorcio y la Fiduciaria la cual sólo podría impartir su autorización si contaba con el consentimiento de los Prestamistas Requeridos. A su vez, la fuente de pago de la remuneración serían los recursos que estuvieran disponibles en la Subcuenta de Construcción del Patrimonio Autónomo, constituida en virtud del Contrato de Fiducia Mercantil de Administración y Fuente de Pagos.

Al ser aceptada la Oferta y en los términos en ella previstos, la Constructora concedió al Consorcio plazo para el pago de los últimos instalamentos de la Remuneración pactada, hasta por la suma de \$18.500.000.000, con una tasa de interés corriente igual al DTF más 5.5%, cuyo pago se realizaría con los recursos disponibles del Patrimonio Autónomo, pero subordinado al pago de capital e intereses de los Préstamos.

La Sociedad constructora reconoció de manera expresa e irrevocable que no tendría derecho de crédito alguno (o cualquier otro derecho) para exigir el pago de cualquier saldo que permaneciera insoluto del capital y/o de los intereses del Crédito del Constructor frente a los prestamistas, el Agente Administrativo, la Fiduciaria y/o los miembros del Grupo Alianza Suba y se reconoció de manera expresa que el único respaldo que tendría la Constructora para el pago del Crédito del Constructor una vez aceptada la Oferta estaría provisto por el remanente de los Bienes Fideicomitidos después de hacer todos los pagos que correspondieran conforme a los documentos de crédito y antes de hacer traslados a la Cuenta de Excedentes del Flujo de Caja.

Así mismo, según el sistema de riesgos incluido en la oferta mercantil presentada por CONSTRUCTORA SUBA S.A., ésta manifestó asumir directamente cualquier sobrecosto derivado de la ejecución de la oferta, sin importar cual fuera la causa.

En efecto, en la Oferta Mercantil del 13 de enero de 2004, *SECCIÓN 12, Responsabilidad por Sobrecostos*, se señaló lo siguiente:

12.1. Para efectos de la presente Sección, el término "Sobrecostos" significa cualquier gasto, costo, pago o erogación en exceso del valor total de la Remuneración, que se deba incurrir en desarrollo de la prestación de los Servicios por cualquier causa, incluyendo sin limitación, cambios en la ley o reglamentación aplicable (incluyendo ley tributaria o ambiental, e incluyendo leyes y reglamentaciones del orden nacional, departamental, municipal, o distrital), modificaciones del Contrato de Concesión (acordadas o impuestas por el IDU), mayores cantidades de obra, mayores costos de insumos o materiales, errores o demoras en la entrega o calidad de materiales o equipos, demoras o errores de subcontratistas, Fuerza Mayor o Caso Fortuito, errores de calculo y en la ejecución de los Servicios, siniestros (asegurados o no), trabajos adicionales, cambios de obra, etc.

12.2. Con la formulación de la presente Oferta, el Constructor acepta y reconoce de manera expresa e irrevocable, que asumirá todos los Sobrecostos que resulten directa o indirectamente de la prestación de los Servicios, a excepción de aquellos costos que asume el IDU derivados de la ocurrencia de Fuerza Mayor o Caso Fortuito, en los términos establecidos en el Contrato de Concesión. Adicionalmente el Constructor acepta y reconoce de manera expresa e irrevocable que el valor de la Remuneración cubre la totalidad de los costos, gastos administrativos, IVA, imprevistos y utilidades del Oferente con ocasión de la prestación de los Servicios.

12.3. Si con posterioridad a la expedición de la Orden de Compra, (i) el IDU ejerce la facultad de modificar o reducir el alcance del Contrato de Concesión, o (ii) las partes del Contrato de Concesión acuerden introducirle modificaciones, cada una de tales modificaciones se incorporarán de manera inmediata al alcance y objeto de la presente Oferta en lo que sea pertinente. Las variaciones de los costos de las Obras que resulten directa o indirectamente de las modificaciones descritas (A) si son positivas, vale decir resultan en menores costos para ejecutar las Obras, la Remuneración será reducida en un valor igual a la reducción de los costos de las Obras, o (B) si son negativas, vale decir resultan en Sobrecostos, serán asumidas

enteramente por el Constructor, sin responsabilidad alguna a cargo del Consorcio o del Patrimonio Autónomo".

Así, para la ejecución del Contrato de Mandato, Constructora Suba presentó al Consorcio Alianza Suba Tramo II y al Patrimonio Autónomo Alianza Suba Tramo II, por conducto de su vocera, ofertas mercantiles para (i) la prestación de servicios de construcción de fecha 8 de enero de 2004, la cual fue objeto de una modificación mediante otrosí No. 1 del 15 de enero de 2004, (ii) la prestación de servicios de mantenimiento de fechas 15 de mayo de 2006, así como (iii) para la ejecución y pago de sobrecostos de obras adicionales de fecha 8 de marzo de 2006, las cuales fueron aceptadas por la Constructora Suba.

El 21 de julio de 2005, Constructora Suba S.A. presentó ofertas para construcción mediante documento No. CSSA-2005-OT-709. Igualmente lo hizo el 29 de Agosto de 2005 mediante documento No. CSSA-2005-OT-765 y el 08 de marzo de 2006 mediante documento No. CSSA-2006-OT-964. Igualmente el 15 de mayo de 2006, presentó oferta para la prestación de servicios de mantenimiento mediante documento No. CSSA-2006-OT-119.

A su vez, Constructora Suba, en ejecución del contrato de mandato y de la oferta presentada al Consorcio Alianza Suba Tramo II y a Fiducolombia, para la ejecución de las obras objeto del contrato 146 de 2003, celebró múltiples ofertas con terceros y con sus mismos mandantes.

## 12. LA SUSCRIPCIÓN DE UN PACTO O CONTRATO DE SOLIDARIDAD

Una vez fue aceptada por parte del **CONSORCIO ALIANZA SUBA – TRAMO II** y **FIDUCOLOMBIA** vocera del Patrimonio Autónomo Alianza Suba Tramo II, la primera oferta presentada por la **CONSTRUCTORA SUBA S.A.**, mediante la cual se subcontrató la totalidad de la obra según los términos a los cuales se ha hecho referencia en el numeral anterior, con el objeto de contar con la aceptación del **IDU** y **TRANSMILENIO**, el **CONSORCIO ALIANZA SUBA TRAMO II**<sup>55</sup>, **VARGAS VELANDIA LTDA.**, e **INCOEQUIPOS**, todos los cuales se denominaron **GRUPO ALIANZA SUBA**, por una parte y, por la otra, **CONSTRUCTORA SUBA S.A.**<sup>56</sup>, en los términos establecidos en el Código de Comercio y en el Código Civil a los efectos de la Cláusula 46.1 del Contrato de Concesión No. 146 de 2003, celebraron un Pacto o Contrato de Solidaridad, previas las siguientes consideraciones:

1. Que las sociedades **A.I.A. S.A.**, **ESTYMA S.A.**, **CONCA Y S.A.**, **CONSTRUCTORA INECON-TE LTDA.**, **VARGAS VELANDIA LTDA.** e **INCOEQUIPOS S.A.** conformaron una asociación de empresas al propósito de participar en las licitaciones públicas abiertas por el IDU cuyo objeto es la ejecución

<sup>55</sup> Integrado por **ESTYMA S.A.**, **CONCA Y S.A.**, **ARQUITECTOS E INGENIEROS ASOCIADOS S.A.** y **CONSTRUCTORA INECON-TE LTDA.**

<sup>56</sup> Sociedad que ya se había constituido mediante Escritura Pública No. 020 otorgada en la Notaría 25 del Círculo de Bogotá el 7 de enero de 2004, pero al momento de la celebración de este Pacto/Contrato, su registro se hallaba en trámite en la Cámara de Comercio de Bogotá.

de las actividades requeridas para la adecuación de la Avenida Suba al Sistema Transmilenio en la ciudad de Bogotá.

2. Que como consecuencia de lo anterior, las sociedades antes mencionadas conformaron dos asociaciones empresariales denominadas CONSORCIO ALIANZA SUBA TRAMO I y CONSORCIO ALIANZA SUBA TRAMO II, a los efectos de presentar propuesta en los dos tramos objeto de la licitación pública N° IDU-LP-DTC-001-2003, ofertas que en las dos licitaciones fueron calificadas como elegibles.

3. Que el CONSORCIO ALIANZA SUBA TRAMO II resultó adjudicataria del contrato objeto de la Licitación Pública N° IDU-DTC-001.2003, cuyo objeto consiste en la adecuación de la Avenida Suba al Sistema Transmilenio en el tramo 2, comprendido entre la Calle 127 A y la Avenida Ciudad de Cali.

4. Que la Cláusula 6.1 del Contrato de Concesión No. 146 de fecha 19 de agosto autoriza la subcontratación parcial del objeto del Contrato en los siguientes términos *"46.1 El Concesionario podrá subcontratar parcialmente la ejecución del Contrato con personas naturales o jurídicas que tengan la idoneidad y la capacidad para subcontratar la actividad subcontratada. No obstante lo anterior, el Concesionario continuará siendo el único responsable ante el IDU y TRANSMILENIO por el cumplimiento de las obligaciones del Contrato. El Concesionario es el único responsable ante el IDU de la celebración de los subcontratos, en todo caso, el IDU se reserva el derecho a solicitar al Concesionario de cambiar al (los) subcontratista (s) cuando, a su juicio, éste (os) no cumpla (n) con las calidades mínimas necesarias para la ejecución de la (s) labor (es) subcontratadas"*.

5. Que para efectos de proceder a la ejecución de las actividades de obra comprendidas en la Etapa de Construcción, las sociedades A.I.A. S.A., ESTYMA S.A., CONCA Y S.A., CONSTRUCTORA INECON-TE LTDA., VARGAS VELANDIA LTDA. e INCOEQUIPOS S.A. conformaron la sociedad CONSTRUCTORA SUBA S.A.<sup>57</sup>

6. Que CONSTRUCTORA SUBA S.A. presentó oferta mercantil para la prestación de servicios de construcción de que trata el objeto del contrato de concesión, al CONSORCIO ALIANZA SUBA TRAMO II y a Fiducolombia S.A., en su condición de fiduciario del Patrimonio Autónomo Alianza Suba Tramo II<sup>58</sup>.

7. Que para efectos de dar cumplimiento a lo establecido en la Cláusula 46 del Contrato de Concesión No. 146 - 2003, en punto a la idoneidad y la responsabilidad del Concesionario en la ejecución del objeto del contrato, el CONSORCIO ALIANZA SUBA TRAMO II reitera su responsabilidad exclusiva para la ejecución del Contrato de Concesión 146 de 2003 y la celebración de los subcontratos para el desarrollo de algunas de las actividades que constituyen su objeto."

En tal virtud, se suscribió el Pacto de Solidaridad que se rige por las siguientes cláusulas:

<sup>57</sup> Mediante la Escritura Pública No. 020 otorgada en la Notaría 25 del Círculo de Bogotá el 7 de enero de 2004.

<sup>58</sup> Mediante documento fechado el 13 de enero de 2004.



**PRIMERA. OBJETO DEL CONTRATO:** Por medio del presente Pacto de Solidaridad, los integrantes del Consorcio Alianza Suba Tramo II y las Sociedades VARGAS VELANDIA LTDA. e INCOEQUIPOS S.A., se obligan a ser solidariamente responsables con la CONSTRUCTURA SUBA S.A. en la ejecución de las actividades correspondientes a la Etapa de Construcción del Contrato de Concesión 146-2003, las cuales serán ejecutadas por dicha sociedad de conformidad con los términos de la Oferta Mercantil para la prestación de servicios de construcción bajo la modalidad de precio y plazo fijo.

**SEGUNDA. DOCUMENTOS DEL PRESENTE PACTO DE SOLIDARIDAD:**  
Hacen parte integral del presente Acuerdo:

1. Pliego de Condiciones de la Licitación IDU-LP-DTC-001-2003
2. Contrato de concesión No. 146-2003, suscrito entre el Instituto de Desarrollo Urbano y el CONSORCIO ALIANZA SUBA TRAMO II, en lo pertinente, junto con sus apéndices y modificaciones.
3. Documento de asociación bajo la modalidad de Consorcio mediante el cual se conforma el CONSORCIO ALIANZA SUBA TRAMO II.

**TERCERA. CONTRATACIÓN DE PERSONAL, SALARIOS Y PRESTACIONES SOCIALES:** CONSTRUCTORA SUBA S.A. contratará, bajo la modalidad que estime conveniente, el personal que requiera para la ejecución de la Oferta Mercantil presentada al CONSORCIO ALIANZA SUBA TRAMO II y al Fideicomiso Alianza Suba Tramo II. Por lo tanto, serán de cuenta de CONSTRUCTORA SUBA S.A. los sueldos, prestaciones sociales, vacaciones e indemnizaciones a que haya lugar y toda obligación de orden laboral que adquiera con el personal contratado así como el pago de los honorarios correspondientes a los contratos y medidas mercantiles para la prestación de servicios. No obstante lo anterior, los integrantes del Consorcio Alianza Suba Tramo II y las Sociedades VARGAS VELANDIA LTDA e INCOEQUIPOS S.A. manifiestan que serán responsables de estas obligaciones en los términos establecidos en la cláusula 45 del Contrato de Concesión 146-2003.

**CUARTA. SUBCONTRATOS:** CONSTRUCTURA SUBA S.A. administrará, dirigirá, contratará y/o vinculará directa o indirectamente con cargo a los recursos del proyecto, todo lo necesario para el cabal desarrollo de La Oferta Mercantil presentada al Fideicomiso Alianza Suba Tramo II y al Consorcio Concesionario. No obstante lo anterior, los integrantes del Consorcio Alianza Suba Tramo II y las sociedades VARGAS VELANDIA LTDA e INCOEQUIPOS S. A. manifiestan que serán responsables de estas obligaciones en los términos establecidos en la cláusula 46.1 del Contrato de Concesión 146 – 2003.

Como se puede observar de la atenta lectura de las cláusulas más importantes de cada uno de los Acuerdos, Contratos, Negocios o Actos Jurídicos a los cuales se ha hecho referencia, todos tienen una misma finalidad o propósito común y guardan relación directa con el Proyecto u Operación a que se refiere la Apertura, Evaluación y Adjudicación de la Licitación Pública No. IDU-LP-DTC-001-2003 y, posteriormente, con la firma y ejecución del Contrato de Concesión de Obra Pública No. 146 de 2003 celebrado entre el IDU-TRANSMILENIO y el Consorcio Alianza Suba – Tramo II -integrado por algunas de las Sociedades que constituyen el Grupo Alianza Suba-. Por lo tanto, a

juicio del Tribunal, todos ellos fueron celebrados u otorgados para cumplir o desarrollar un mismo propósito o finalidad.

El punto de partida fue la Licitación Pública No. IDU-LP-DTC-001-2003, en cuyos Pliegos se permitió y garantizó la participación de proponentes u oferentes plurales, que es lo que facilitó la integración y posterior asociación de seis (6) Sociedades de reconocida reputación para participar en ella, mediante la conformación de dos consorcios que elaborarían, presentarían y defenderían sus propuestas hasta obtener, de ser posible, la adjudicación de los contratos de concesión de obra pública para la adecuación de los dos tramos de la Avenida Suba a la Troncal de Transmilenio.

El propósito inicial previsto en un acuerdo verbal inicial se cumplió mediante la distribución de las seis sociedades en los dos consorcios que se constituyeron el 9 de junio de 2003, de tal manera que cinco de ellas integraron el Consorcio Alianza Suba para participar en la adjudicación de un tramo y cuatro de las mismas seis sociedades, integraron el Consorcio Alianza Suba – Tramo II para participar en la adjudicación del otro tramo. Se convino así una integración y participación cruzada de las Sociedades pero con la voluntad expresada de que todas ellas estarían coordinando sus esfuerzos para participar en los dos tramos de la Licitación con el objeto de obtener la adjudicación de los dos contratos de concesión de obra pública para adecuar la Avenida Suba a la Troncal de Transmilenio. Los dos consorcios tendrían un consejo directivo integrado por las seis sociedades, no obstante cada consorcio estuviera integrado sólo por algunas de ellas.

El consenso al que se llegó antes de la conformación de los Consorcios y que se materializó con dicha conformación, se formalizó luego con la celebración del Acuerdo escrito del 12 de junio de 2003, mediante el cual las seis sociedades aspiraron a regular íntegramente sus relaciones en todo lo atinente con la presentación de las propuestas en curso de la Licitación y, en caso de ser adjudicada ésta, la financiación y ejecución de las obras y, en general, la ejecución de los Contratos de Concesión.

En tal virtud, mediante dicho Acuerdo las seis sociedades fijaron los términos y condiciones a los cuales se sujetarían ellas en relación con la participación en la Licitación como Proponente Plural, mediante los Consorcios Alianza Suba y si era adjudicado uno o los dos Tramos de la Licitación a uno o los dos Consorcios Alianza Suba, la consecución de la financiación para la ejecución de las Obras y el cumplimiento del o los Contratos de Concesión, lo que incluía la constitución de garantías respectivas, la distribución entre las Sociedades de los flujos de caja libre que resultaran de los pagos que se hicieran a los fideicomisos que se constituirían conforme a lo previsto en los modelos de Contratos de Concesión, y la asignación de responsabilidades a cada una de las Sociedades en la ejecución del o los Contrato de Concesión y las Obras.

Así se concretó el propósito o finalidad común e inclusive se previó que de ser adjudicados los dos contratos a cada uno de los consorcios o al menos uno de ellos, todas las sociedades pondrían su mayor empeño para obtener la

autorización del IDU para que todas ellas más adelante pudieran integrar cada uno de los Consorcios o el Consorcio concesionario.

Las obligaciones pactadas a cargo de todas las Sociedades, sin perjuicio de la condición resolutoria prevista en el Acuerdo, las reglas para la conformación de la organización a cargo del proyecto, la determinación en la participación en los gastos y en los flujos de caja libres distribuibles y la responsabilidad de las sociedades frente al IDU, frente a terceros y frente a ellas mismas, no deja duda alguna de la voluntad expresada por todas las seis sociedades de participar en un mismo proceso u operación para ejecutar con éxito un mismo proyecto consistente en obtener la adjudicación y posterior celebración de los contratos de concesión de obra para su ejecución en los términos y condiciones técnicas y financieras previstas en los Pliegos de la Licitación, en los respectivos Contratos de Concesión y en el ordenamiento jurídico vigente.

Ello significa que no había dos proyectos (uno constructivo y otro de inversión o financiero), y mucho menos que cada uno de ellos constituyera un “negocio” propio, autónomo y diferente al uno del otro. Había una sola finalidad, un solo propósito, alrededor de un solo proyecto –la concesión de obra pública- que sí tenía dos partes: una constructiva y otra financiera, interdependientes una de la otra, pues no era posible montar un esquema de financiación si no era precisamente para garantizar las actividades de construcción y de mantenimiento y éstas no se podrían ejecutar, conforme al modelo de concesión ya estudiado, si no era mediante la obtención de la respectiva financiación.

Ahora bien. Adjudicado sólo a uno de los Consorcios uno de los dos tramos de la Licitación y operada entonces parcialmente la condición resolutoria prevista en el Acuerdo, todas las Sociedades prosiguieron en su empeño, de conformidad con las obligaciones previamente pactadas, de ejecutar conjuntamente el proyecto únicamente para este tramo así el Contrato de Concesión de Obra para la adecuación del Tramo 2 de la Avenida Suba sólo hubiera sido adjudicado al Consorcio Alianza Suba - Tramo II, que sería el concesionario con el IDU-TRANSMILENIO y con el cual se celebraría el Contrato de Concesión 146 de 2003 y sus respectivas modificaciones.

Empero, debe tenerse en cuenta que las reglas generales previstas en el Acuerdo celebrado el 12 de junio de 2003 –definidas para la participación y la posterior adjudicación de los dos tramos de la Licitación-, una vez operada parcialmente la condición resolutoria en él contenida, resultaron insuficientes para la ejecución del proyecto, motivo por el cual, a partir de la celebración del Contrato de Concesión 146 de 2003, entre el IDU y el Consorcio Alianza Suba – Tramo II, surgió el problema de manejar adecuadamente el Proyecto entre el Consorcio Concesionario y las dos Sociedades que no formaban parte de él pero que en todo caso cumplían con las obligaciones previstas en el Acuerdo celebrado el 12 de junio de 2003 y, por lo mismo, tenían derecho a obtener los beneficios en él previstos, según la participación en él establecida.

Para resolverlo, las seis sociedades continuaron trabajando (i) para conseguir del IDU su aceptación para que las dos sociedades que no integraban el

Consortio Alianza Suba, se integraran al mismo y se modificara la participación de todas ellas; (ii) para solicitar de la Fiduciaria que aceptara la participación de las dos sociedades como aportantes de capital en el Fideicomiso, pues no siendo parte del Consortio Concesionario no podrían tener el carácter de fideicomitentes, y que al mismo tiempo tuvieran la condición de beneficiarios para garantizar el respeto y el cumplimiento del Acuerdo por ellas suscrito el 12 de junio de 2003; y, (iii) que este modelo fuera aceptado igualmente por los bancos que otorgarian el crédito sindicado para financiar la ejecución del proyecto.

El primero de los propósitos nunca se logró, esto es, obtener del IDU la autorización para que las Sociedades que no formaban parte del Consortio hicieran parte de él. El segundo sí se logró, tal y como puede observarse en el Contrato de Fiducia Mercantil para Administración y Fuente de Pago celebrado el 29 de septiembre de 2003, el cual siempre se respetó y se mantuvo inclusive hasta la Cuarta Modificación que es la vigente; y, el último de los propósitos también se cumplió, pero con la condición exigida por la Fiduciaria como vocera del Patrimonio Autónomo y por los Bancos Prestamistas, en el sentido de constituir un vehículo para separar el riesgo constructivo del riesgo financiero, que fue lo que permitió luego crear un Grupo Constructor que se materializó con la constitución de la Constructora Suba S.A., la celebración del Contrato de Mandato, la presentación y aceptación de las ofertas mercantiles y la celebración del Pacto de Solidaridad.

Significa entonces que a partir del Acuerdo verbal celebrado entre las seis sociedades y que luego se formalizó mediante la suscripción del Acuerdo escrito del 12 de junio de 2003, surgieron unos contratos sucesivos y subordinados como los que en su orden aparecieron para constituir los Consortios Alianza Suba (el 9 de junio de 2003): el propio Contrato de Concesión 146 de 2003 (firmado el 19 de agosto de 2003); posteriormente el Contrato de Fiducia Mercantil para Administración y Fuente de Pago con el objeto de cumplir las exigencias del Contrato de Concesión (celebrado el 29 de septiembre de 2003) y finalmente el Contrato de Préstamo Sindicado para la financiación del proyecto (celebrado entre la Fiduciaria vocera del Patrimonio Autónomo Alianza Suba Tramo II y los Bancos).

Estos contratos necesariamente deben analizarse e interpretarse unos con otros, pues los últimos subordinados no se explican sino en virtud de la presencia de los primeros. El de préstamo tiene su fuente en el Contrato de Fiducia Mercantil con el objeto de proveer de recursos al patrimonio autónomo; el de Fiducia Mercantil tiene su fuente y razón en el Contrato de Concesión con el fin de financiar las obras objeto del mismo; éste, solo se explica en virtud de la Licitación Pública y conforme al respectivo Pliego de Condiciones y la participación de las Sociedades en ella solo es la consecuencia del Acuerdo celebrado verbalmente y luego por escrito en el cual las Sociedades regularon su participación en todo este esquema.

Igualmente, luego de operada parcialmente la condición resolutoria prevista en el Acuerdo del 12 de junio de 2003 y ante la realidad señalada de la presencia de dos sociedades que no eran concesionarias pero que cumplían

estrictamente las obligaciones pactadas en aquél, surgieron unas reglas complementarias que las Sociedades participantes se dieron en otros Contratos que inicialmente no estaban previstos, por lo cual estamos en presencia de contratos y actos jurídicos autónomos, pero interdependientes, conexos o articulados con los demás, a saber: El Contrato de Fiducia Mercantil para la Administración y Fuente de Pago en los apartes que regulan la participación de los aportantes de capital y beneficiarios distintos de los fideicomitentes (celebrado el 29 de septiembre de 2003); posteriormente, el Contrato para la Constitución de la Constructora Suba S.A. (celebrado el 7 de enero de 2004 mediante el otorgamiento de la Escritura Pública No. 0020 en la Notaría 25 del Círculo de Bogotá); seguidamente, el Contrato de Mandato para la Prestación de los Servicios de Construcción (celebrado el 8 de Enero de 2004) y el Otrosí No. 1 al mismo Contrato (celebrado el 15 de Enero de 2004); las Ofertas Mercantiles presentadas y aceptadas (a partir del 8 de Enero de 2004); y, el Pacto de Solidaridad (celebrado antes del 15 de Enero de 2004).

Este segundo grupo de contratos tienen su fuente en el mismo Acuerdo del 12 de junio de 2003, pero contemplan reglas especiales que en aquel no se previeron y que entonces se pactaron de manera especial o por solicitud de la Fiduciaria como vocera del Patrimonio Autónomo Alianza Suba, ora por solicitud de los bancos que otorgarían el préstamo sindicado con el cual se nutriría dicho patrimonio, o bien por solicitud de las mismas Sociedades participantes o de sus asesores, todo con la finalidad de ejecutar debidamente el Contrato de Concesión de Obra Pública 146 de 2003. Este grupo de contratos y de actos o negocios jurídicos tenía por objeto regular la participación no prevista tanto de las Sociedades integrantes del Consorcio Alianza Suba Tramo II como de las que no lo eran en su condición de fideicomitentes y aportantes de capital, con sus respectivos beneficios, así como separar el riesgo constructivo del riesgo financiero y poder garantizar tanto el cumplimiento del Acuerdo del 12 de Junio de 2003, como el Contrato de Concesión 146 de 2003 y el Contrato de Préstamo sindicado. Por ello, tales contratos son autónomos respecto de los que integran el primer grupo, aunque interdependientes de éstos.

Todos ellos configuran entonces un conjunto de contratos coligados o conexos, subordinados unos y autónomos otros, pero en todo caso imbricados o estrechamente vinculados, para la realización del mismo propósito o finalidad ya enunciado, lo que obliga a analizarlos para efectos de su formación o existencia, validez o eficacia, ejecución, efectos, extinción e interpretación, unos con otros, cuando se trata de los subordinados y de manera autónoma, pero interdependientes o articulados, cuando se trata de los demás. En este segundo caso, habrá que estarse a las normas, reglas o estipulaciones en cada uno de ellos previstos, sin perjuicio de respetar la finalidad común.

En consecuencia, estamos en presencia de un esquema negocial constituido por un conjunto de contratos conexos o coligados que tienen una finalidad o propósito común, así todos no sean subordinados sino que existan algunos autónomos, pero en todo caso interdependientes o articulados los unos de los otros, sea para efectos de su formación o existencia, de su validez o eficacia, de su ejecución o cumplimiento, de su terminación o extinción o simplemente

para su interpretación con el fin de determinar sus efectos, conforme lo ha reconocido ya la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Civil y Agraria, con fundamento en la ley colombiana y con amplio respaldo en el tratamiento existente tanto en la jurisprudencia como en la doctrina extranjera.

Sobre el particular, en la Sentencia proferida el 25 de septiembre de 2007 por la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Civil y Agraria (Ref: Exp. No. 11001-31-03-027-2000-00528-01, mediante la cual se decidió el recurso de casación interpuesto por Leasing Selfin S.A., Compañía de Financiamiento Comercial en Liquidación, respecto de la Sentencia de 25 de mayo de 2004, proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso ordinario promovido en su contra por Avicultores Asociados Ltda., M.P. Dr. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo), se señaló lo siguiente:

“2. Los avances científicos, industriales y tecnológicos, el notorio y acentuado desarrollo de las comunicaciones, el expansionismo de los mercados y, en general, la globalización de la economía, entre otros factores, más de la llamada ‘posmodernidad’, han determinado el surgimiento de nuevos esquemas y arquitecturas negociales que, en un buen número de veces, *in toto*, no se ajustan a las formas típicas que, *ab antique*, consagran y desarrollan las leyes u ordenamientos, dando lugar, por vía de ejemplo, a la utilización de un sinnúmero de contratos complejos, o de convenciones atípicas o de fenómenos como el conocido con el rótulo de ‘conexidad contractual’, sin perjuicio del empleo de diversas denominaciones que expresan simétrica idea vinculatoria (contratos conexos; cadena de contratos; coligados; grupo de contratos; redes contractuales, *lato sensu*; etc.).

Esta realidad insoslayable del mundo actual exige que el derecho –en sentido amplio– comprenda, explique y delimite las reglas a que deben someterse cierto tipo de negociaciones privadas o públicas, precisamente, con el confesado propósito de ofrecer seguridad jurídica a quienes intervienen en ese tráfico de capitales, bienes y servicios, cada vez mayor, más intrincado y, si se quiere, sofisticado e intercomunicado, así como para favorecer el desarrollo económico y, claro está, un orden justo inscrito en la apellidada ‘justicia contractual’, norte de legisladores, jueces e intérpretes, en general.

Así las cosas, como la producción, la comercialización y distribución, el consumo y la financiación de las personas naturales y jurídicas, continúa encontrando en el contrato la forma más práctica y dinámica para su debida materialización, los mencionados cambios registrados en el marco de la negociación moderna, *grosso modo* ya referidos en precedencia, indiscutiblemente han tenido gran eco en esta materia y, por ello, en la hora de ahora, se torna imperativo abordar la temática contractual con criterios –y texturas– que se ajusten a esa tendencia innovadora que se aprecia en la esfera de los negocios, tanto en lo que hace a su formación, como a su ejecución, efectos, extinción e interpretación.

De allí que en los tiempos que corren, la institución del contrato, en sí mismo considerada, trascendiendo su mal interpretada ‘crisis’, se muestra vigorosa y férrea, en prueba de su pertinencia y masiva utilización, sin perjuicio, naturalmente, de la entronización sostenida de una serie de figuras y metodologías especiales, orientadas a su empleo adecuado, justo y equilibrado. Desde esta perspectiva, por vía de elocuente demostración de su vigencia, desarrollo y dinámica, es menester registrar un cambio relevante, como quiera que en consideración al surgimiento y ulterior posicionamiento de los llamados contratos conexos, ya no puede examinarse el contrato de modo aislado o individual, como otrora se hacía, por cuanto es menester hacerlo en función de la señalada articulación o conexidad, tan en boga

en la actualidad. Ello explica, en tal virtud, que el lente con arreglo al cual se escrutaba el entramado contractual, hoy sea diverso, en atención a esta particular fenomenología, percursora de vasos comunicantes, redes y tejidos entre diversos tipos negociales, cada vez más –y más– intercomunicados.

Como lo memora el profesor Jorge López Santamaría, “El prototipo del contrato en las leyes, en las sentencias de los tribunales e incluso en libros especializados, ha sido casi siempre el del contrato aislado, que no hace juego con otros contratos. Sin embargo, en época reciente, la doctrina y la jurisprudencia, y a veces también el legislador, se percatan, desde el punto de vista jurídico, del importante fenómeno sociológico de las cadenas o redes de contratos relacionados. Determinadas operaciones económicas, a menudo requieren que sean celebrados varios contratos sucesivos, imbricados o estrechamente vinculados, de los cuales por lo general hay uno que es contrato eje y otros que son contratos subordinados o dependientes”<sup>59</sup>.

3. Ahora bien, en lo que concierne al cargo auscultado, patente resulta entonces que, dentro del elenco de novedades que la actividad comercial ha suscitado en las últimas décadas, ha de fijarse la atención en aquella que refiere a la conexidad contractual, fenómeno sobre el cual, huelga acotarse desde ya, la doctrina y la jurisprudencia no es unánime en cuanto a su definición o a sus características y, menos aún, a sus efectos y alcances. Es pues una materia controversial, más allá de que una sea la postura dominante en la dogmática jurídica.

Sobre este tema, *ab initio*, cabe advertir que las normas positivas, tanto civiles como comerciales, en el concierto nacional (Códigos Civil y Comercial), no se ocupan, *stricto sensu*, de regular específica y sustantivamente esa clase de operaciones negociales, como quiera que, por regla, la legislación patria y buena parte de la internacional, aún mantiene la concepción individual del contrato, concibiéndolo como una serie de prototipos aislados, como tangencialmente se señaló<sup>60</sup>.

Desde un ángulo funcional, amén que realista, el fenómeno materia de análisis, revela que, en procura de la realización de una operación económica, los interesados celebran diversos contratos, de manera que solo el conjunto de ellos y, más concretamente, su cabal ejecución, los conduce a la consecución del objetivo que persiguen. Por ello acuden a la pluralidad negocial, como quiera que dicho objetivo, en sí mismo, no siempre pueden obtenerlo a través de la realización de un solo tipo negocial. De ahí que, *lato sensu*, se aluda a la expresión ‘operación económica’, sin duda de carácter más omnicompreensiva, a la vez que desprovista de alcances puramente jurídicos, ya que es una locución ante todo descriptiva.

Solo a título de elocuente ejemplo, puede mencionarse la compraventa aunada a un mutuo, que sirve a la financiación del precio; o las adquisiciones de bienes o servicios con tarjetas de crédito, entre otros supuestos, incluido el contrato que detiene la atención de la Corte en esta providencia. En cada uno de esos casos, emerge que la obtención del resultado final, depende de la adecuada concreción de los diversos negocios celebrados, pues sin la

<sup>59</sup> Las cadenas de contratos o contratos coligados, en Contratación Privada, Jurista Editores, Lima, 2002, pág. 305. Cfme: Jorge Mosset Iturraspe, Contratos conexos, Rubizal – Culzoni, Santa Fe, 1999, pág. 24.

<sup>60</sup> “La figura que venimos examinando, en cuanto tal, no tuvo cabida en el Código Civil. Y ello es así, toda vez que la regulación del contrato como figura independiente y autónoma de nuestro Código Civil y de todos los Códigos de la época, correspondió a la realidad del momento histórico de su sanción. Así, las disposiciones del Código que regulan los elementos del contrato, su validez y eficacia, la interpretación de sus cláusulas, la responsabilidad contractual, están concebidas para el supuesto de que las partes hayan celebrado un solo contrato, y no para el caso de que concluyan varios contratos conexos”. Adela Seguí. Teoría de los contratos conexos. Algunas de sus aplicaciones, en contratación contemporánea, No. 2, Palestra – Temis, Bogotá, 2001, pág. 186.

compraventa o la prestación de servicios, no habría razón para el crédito y sin éste, a su turno, no podría verificarse uno u otro de aquellos. Por lo tanto, solamente la realización de la enajenación o del servicio contratado y el perfeccionamiento de la financiación, traduciría para los intervinientes, independientemente de su número, el logro de su objetivo deseado, específicamente del fin práctico que los condujo a celebrar los aducidos negocios jurídicos.

La doctrina y la jurisprudencia, principalmente la italiana, la francesa y la española, partiendo del supuesto fáctico descrito, han procurado elaborar un concepto del fenómeno, distinguir sus características y determinar los efectos jurídicos que pueden producir en el conjunto o cadena de contratos coligados y en cada uno de ellos.

El tratadista Francesco Messineo, en torno de los “contratos recíprocos” o “contratos vinculados”, como otrora los denominó, expresa que con ellos se “quiere indicar el caso en que se estipulan entre las mismas partes dos contratos en relación de dependencia mutua (interdependencia), en el sentido de que la ejecución (o validez) del uno queda subordinada a la ejecución (o validez) del otro;... La característica de los contratos recíprocos (que, por otra parte son autónomos, aunque interdependientes) deriva de la intención de las partes, las cuales conciben los dos contratos como unidad económica. Desde el punto de vista jurídico, su característica estriba en esto: que cada uno constituye como la causa del otro”, precisando luego, respecto de los “contratos vinculados”, que corresponden a una modalidad más amplia, “en el sentido de que la vinculación puede no configurarse como reciprocidad, sino, por ejemplo, como subordinación unilateral de un contrato respecto del otro”<sup>61</sup> (Se subraya). La doctrina italiana también ha resaltado, que el referido nexo contractual se presenta frente a “una pluralidad coordinada de contratos, cada uno de los cuales responde a una causa autónoma, aun cuando en conjunto tiendan a la realización de una operación unitaria y compleja”<sup>62</sup>.

De forma más reciente, la doctrina española también se ha ocupado de la figura en comento y en cuanto a ella, ha conceptuado que se da “cuando varios sujetos celebran dos o más contratos distintos que presentan una estrecha vinculación funcional entre sí por razón de su propia naturaleza o de la finalidad global que los informa, vinculación que es o puede ser jurídicamente relevante”<sup>63</sup>.

La Corte, en una primera aproximación al tema, consideró que “Las uniones de contratos se subdividen a su turno en tres especies: a) Unión simplemente externa. Los distintos contratos tipos, independientes unos de otros, aparecen unidos externamente sin que haya subordinación de los unos respecto de los otros... b) Unión con dependencia unilateral o

<sup>61</sup> Francesco Messineo. Doctrina general del contrato. Tomo I. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1.952, pág.s. 402 y 403.

<sup>62</sup> Francesco Galgano. El negocio jurídico. Tirant lo Blanch, Valencia, 1992, pág. 114.

En la doctrina francesa, en la que se aborda esta temática con arreglo a la expresión ‘grupo de contratos’, el autor B. Teyssie, sintéticamente, pone de relieve que “...si varios contratos tienen un mismo objeto o si ellos participan en la realización de un fin común, por manera que poseen una misma razón de ser, constituyen un verdadero grupo”. Les groupes de contrats, Paris, 1975.

La citada doctrina, también se pronuncia a favor de la causa como criterio determinante de los grupos de contratos. “Prolongando la concepción clásica de la causa, la doctrina contemporánea ha pensado en utilizar la noción de causa de la obligación para justificar un vínculo jurídico entre dos contratos que estén relacionados económicamente. Este vínculo jurídico manifestaría una interdependencia entre esos contratos en tal forma que cuando uno llegara a no existir o se extinguiera, el otro a su vez debería desaparecer. En efecto, cada uno de estos contratos puede considerarse como la causa del otro, de la misma manera que en un contrato sinalagmático, la existencia y la ejecución de la obligación de una de las partes es la causa de la obligación de la otra parte. Más concretamente, en cuanto a las partes de estos contratos se trata de realizar una operación económica que supone la celebración de contratos, no entre las mismas personas, sino entre personas diferentes, ya que una de ellas es parte en los dos contratos”. Christian Larroumet. Teoría general del contrato, Vol. I, Temis, Bogotá, págs. 375 y 376.

<sup>63</sup> Ana López Frías. Los contratos conexos. Estudio de supuestos concretos y ensayo de una construcción doctrinal, José María Bosch Editor, Barcelona, 1994, pág. 273.



bilateral. Los distintos contratos tipos que aparecen unidos exteriormente son queridos como un todo. Se establece entre ellos, por las partes, una recíproca dependencia en el sentido de que el uno o los unos dependan del otro o de los otros, pero no al contrario. Tal intención de los contratantes debe aparecer expresa o tácita. En este último caso, ella puede resultar de las relaciones económicas que medien entre las diferentes prestaciones... Salvo para los efectos de la validez y de la revocatoria, en los cuales la del uno implica también la del otro, se juzgan por las normas del tipo a que se ajustan. c) Unión alternativa. Una condición enlaza los distintos contratos en forma que si el suceso positivo no acaece o si acaece el negativo, se entienda concluido uno u otro contrato" (Se subraya; Cas. Civ., sent. de 31 de mayo de 1938).

Más recientemente, sobre el particular, señaló que "en materia de concordatos, sucede con frecuencia que en ejercicio de la llamada autonomía negocial y tras de expresar su voluntad en un único documento, las partes le dan vida a diversos contratos que, aun conservando su identidad típica y por ende quedando sometidos a la regulación que les es propia, quedan sin embargo coligados entre sí, funcionalmente y con relación de recíproca dependencia, hasta el punto de que las vicisitudes de uno, en mayor o menor grado, pueden repercutir en los otros, casos en los cuales es deber de los jueces establecer con cuidado y con base en las pruebas recaudadas si, además de las finalidades de cada uno de los contratos celebrados, existe o no un objetivo conjunto y general querido por las partes".

A continuación precisó: "Así, en los contratos coligados, según enseña la doctrina, no hay un único contrato atípico con causa mixta '... sino una pluralidad combinada de contratos, cada uno de los cuales responde a una causa autónoma, aun cuando en conjunto tiendan a la realización de una operación económica unitaria y compleja, luego el criterio de distinción no es aquél, formal, de la unidad o de la pluralidad de los documentos contractuales, ya que un contrato puede resultar de varios textos y, por contra, un único texto puede reunir varios contratos. El criterio es sustancial y resulta de la unidad o pluralidad de causas...' (Francesco Galgano. El Negocio Jurídico. Cap. IV. Sección 2ª. Núm. 26); en otras palabras, habrá conexión contractual cuando celebrados varios convenios deba entenderse que desde el punto de vista jurídico no pueden ser tratados como absolutamente independientes, bien porque su naturaleza y estructura así lo exija, o bien porque entonces quedaría sin sentido la disposición de intereses configurada por las partes y articulada mediante la combinación instrumental en cuestión" (Cas. Civ., sentencia de 6 de octubre de 1999, exp. No. 5224).

4. Sin pretender elaborar un concepto terminado del fenómeno de que se trata, sino con ánimo, más bien, de destacar los elementos que lo estereotipan, cabe decir que él opera, así parezca obvio señalarlo, en el supuesto inexorable de una pluralidad de contratos autónomos (dos o más), entre los cuales existe un ligamen de dependencia que, jurídicamente, trasciende o puede trascender en su formación, ejecución o validez, o como bien lo puntualiza el doctrinante Renato Scognamiglio, "dos elementos se tornan necesarios para que pueda hablarse de negocios coligados: una pluralidad de negocios y la conexión entre ellos mismos"<sup>64</sup>. Cuando el vínculo de dependencia apunta en un solo sentido, de un contrato a los demás, se habla de una subordinación o vinculación unilateral y cuando es bifronte, es decir, va y viene por igual entre los distintos contratos, el lazo es mutuo o recíproco, de interdependencia<sup>65</sup>.

<sup>64</sup> Collegamento negocial, en Scritti giuridici, Vol. I, Cedam, Milano, 1996, pág. 119.

<sup>65</sup> "Los negocios pueden estar coligados en el sentido de que uno solo de ellos reciba la influencia del otro (*dependencia unilateral*), o en el sentido de que dicha influencia sea recíproca (*dependencia bilateral*). El nexo de dependencia puede, además, derivar, ya de un concurso simultáneo, ya de una secuencia de actos dispuestos en orden cronológico. En especial pueden darse: a) una coligación de índole genética, modificatoria o extintiva, que se manifiesta en el hecho de que un negocio ejerce su influencia en la formación, en la modificación o en la extinción del otro; b) una coligación de índole funcional y efectual, que se manifiesta no sólo en el hecho de que uno de los negocios encuentra su fundamento

De suyo pues, que sólo ante la presencia de dos o más contratos, que en sí mismos considerados tienen su propio autogobierno y autonomía, ello es medular, puede darse el referido fenómeno, lo que excluye todos aquellos casos en que existe un sólo o único contrato, ya se trate de uno complejo, mixto o atípico –entre otras tipologías-, bien porque toma elementos de diferentes tipos contractuales preestablecidos legalmente o porque no corresponde a una de las formas contractuales previstas en las normas positivas, pero que, en definitiva, comporta la existencia de un único negocio jurídico (*unicum* negocial).

En este orden de ideas, necesario es, por tanto, separar los supuestos de hecho en que el acuerdo de los interesados determina el surgimiento de un sólo negocio jurídico o de varios, conectados o articulados entre sí. Para el efecto, y sin desconocer que han sido diversas las tesis que apuntan a establecer cuál ha de ser el elemento que permita hacer tal diferenciación, es del caso coincidir con el criterio mayoritario, que señala que “La doctrina ha propuesto varias soluciones con razón agrupadas en tres categorías, según que se funden en el elemento subjetivo (voluntad de las partes), o sobre éste integrado con un elemento objetivo (conexión económica de las prestaciones), o sobre un elemento objetivo. Descartadas las dos primeras categorías se debe, en nuestra opinión, entre las tesis reagrupadas en la tercera, decidirse por la que recurre a la causa, mas bien que por la que establece el criterio decisivo de la relación entre las diversas prestaciones. La preferencia se encuentra, en nuestra opinión, en la mayor seguridad que existe al basarse en un elemento objetivo como es, al menos para nosotros, la causa, y además en la mayor amplitud del concepto de causa, respecto al de relación entre prestaciones, el cual, por definición, se limita a los negocios patrimoniales, mientras que el problema puede ir más allá de éstos. Así que, aplicando el concepto de causa, el supuesto de hecho hay que considerarlo como constituyendo un único negocio si la causa es única (aunque conste de la conmixción o fusión de varias causas) y, por el contrario, constituyendo varios negocios si se presentan varias causas autónomas y distintas”<sup>66</sup> (Se subraya).

Ahora bien, la causa de cada uno de los contratos coligados o conexos en particular, no puede confundirse con la del negocio, en definitiva, perseguido por los interesados, analizado como una operación jurídica, en sentido amplio. Esta última, de un lado, se ubica por fuera los contratos mismos que, como eslabones, integran la cadena que sirve a ese propósito final y, de otro, opera como el faro que, a la distancia, guía la ejecución de todos los actos necesarios para la obtención de la meta, de suerte tal que la finalidad o propósito general podrá ser otro al de los acuerdos o tipos negociales, en concreto, vale decir a los que se agrupan, articulan o se comunican, sin perder por ello su autonomía tipológica o sustantiva. Entender lo contrario, impondría colegir que en todos los supuestos en que la conexidad contractual campea, se estaría siempre en presencia de una única causa -la realización de la operación económica- y, por lo mismo, de un sólo negocio jurídico, independientemente de la forma que tuviere, lo que significaría, *per se*, negar la ocurrencia del fenómeno contractual en cuestión.

Por eso bien se ha dicho que “Es necesario observar que el coligamento funcional comporta la unidad del interés globalmente perseguido, lo cual no excluye que tal interés sea realizado a través de contratos diversos, que se caracterizan por un interés inmediato, autónomamente identificable, que es instrumental o parcial respecto al interés unitario perseguido mediante el

en la relación surgida del otro, sino, más generalmente, en el hecho de que los actos de autonomía privada tienden a la persecución de un resultado común; c) una coligación de índole, por así decirlo, ‘mixta’, o sea al mismo tiempo genética y funcional”. Lina Bigliazzi Geri, Humberto Breccia, Francesco D. Busnelli y Ugo Natoli. Derecho civil. Tomo I, Volumen II, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1992, pág. 942.

<sup>66</sup> Luigi Cariota Ferrera. El negocio jurídico, Op. cit. pág. 262 y 263.

conjunto de contratos. En los contratos coligados debe por tanto identificarse la causa parcial de cada uno de los contratos y la comprensiva de la operación<sup>67</sup>.

Por consiguiente, y sin desconocer la existencia de un motivo supracontractual, esto es, un móvil que, en general, sirve de apoyo a la celebración de la operación económica, *in complexu*, el examen de la causa que permita establecer la pluralidad de contratos, deberá efectuarse en el interior de ellos. Se trata de comprobar si todos responden a una sola causa o a distintas, que los ligan entre sí. En la primera hipótesis, únicamente podrá reconocerse la existencia de un sólo negocio jurídico, no habiendo lugar a hablar de conexidad contractual; en la segunda, la conclusión será distinta: existen diversos contratos autónomos, pero con un vínculo relevante de dependencia, ora recíproca -interdependencia, unos con otros-, ora unilateral -unos de otros-.

Obsérvese, con carácter meramente ilustrativo, que en los ejemplos antes dados, cada uno de los contratos conexos tiene su propia causa -en sentido estricto-: la compraventa, transmitir el dominio del bien materia de la enajenación del vendedor al comprador; el mutuo o el crédito, facilitar al mutuuario o tarjetabiente unos recursos económicos, así desde luego, claro está, estén todos permeados por un designio general: obtener un determinado bien o servicio que, a la postre, en muchos casos, se traducirá en el norte de la negociación, en la *ratio* de la referida operación, examinada desde una perspectiva más económica que jurídica, *stricto sensu*.

Adicionalmente habría que notar, y he aquí otro factor de interrelación, sin que por ello se desvirtúe la autonomía de causas mencionada, que en el supuesto comentado, la obtención de tales recursos económicos apunta a sufragar, en todo o en parte, el precio de la compraventa, de donde la razón que subyace a la celebración del mutuo o a la consecución de la financiación, es la enajenación misma."

En tal virtud, es claro que en este proceso existe una unidad de propósito o una unidad negocial tras una misma finalidad, razón por la cual el Tribunal así lo admite pero con las características atrás enunciadas todas las cuales caben en lo dicho por la Corte Suprema de Justicia en el pronunciamiento atrás referido y en los otros que esa misma Corporación indica en el mismo sentido -por lo cual ya constituyen jurisprudencia-, y tal y como además lo han señalado las partes en sus diferentes intervenciones -inclusive oralmente la parte convocada y convocante en reconvención en la audiencia de alegaciones finales-, razón por la cual ella existe.

No obstante lo señalado en el escrito de alegaciones por el señor apoderado de la parte convocada y convocante en reconvención, al cual se hizo mención, oralmente en la audiencia de alegaciones él señaló que a "Vargas Velandia no se le pasó por la cabeza la figura de la coaligación de los contratos. Es un tema superinteresante que seguramente los árbitros tendrán que leer porque en los alegatos se le ha destinado ahora un buen tiempo; es un tema muy bonito; el profesor Suescún lo trae en su libro de contratación de derecho privado; es un tema bastante interesante, pero, finalmente, yo creo que eso no es la base del resultado cierto de acá. Acá se nos ha dicho que hay una unidad de negocio.

<sup>67</sup> C. Massimo Bianca. Diritto civile, T. III, Il contratto. Giuffrè Editore, Milano, 1987, pág. 457, autor que recuerda, siguiendo a Palermo, "...que la función comprensiva de la operación no debe ser confundida con la causa".

Casi yo cuando estaba elaborando los alegatos de conclusión volví a leer y yo dije me opongo a todas y cada una de las pretensiones, y debo decir, con total franqueza, yo no he debido colocar eso; he debido haber colocado me allano a las pretensiones una y dos de esta demanda, porque es que hablar de una unidad de negocio, es perfectamente claro que lo podemos manejar así. Lo que sucede es que la consecuencia que se está pretendiendo involucrar dentro de las pretensiones de la demanda si no es acorde con los documentos, con los negocios y con los contratos que se han analizado en este proceso”.

En virtud de la unidad negocial, debe entenderse que las sociedades que suscribieron el Acuerdo formalizado el 12 de junio de 2003, se comprometieron a participar en un mismo propósito o finalidad para cuya ejecución se obligaron a realizar determinados aportes y a sufragar determinados gastos, lo mismo que previeron recibir determinados beneficios, asumiendo entre todos los riesgos propios o inherentes al proyecto u operación, conforme a las reglas previstas en el Acuerdo o a las reglas previstas en cada uno de los negocios o actos jurídicos otorgados.

Repárese, que de conformidad con el Acuerdo del 12 de junio de 2003, entre todos asumieron el riesgo inherente a las operaciones tanto de financiación como de construcción pero limitadas hasta concurrencia de los recursos disponibles para la ejecución del proyecto. Así, por ejemplo, la amortización del capital y de los créditos obtenidos se haría con los recursos del patrimonio autónomo y con cargo a las subcuentas respectivas, así como el pago de las actividades de construcción y mantenimiento se asumirían con cargo a los recursos del mismo patrimonio existentes en las respectivas cuentas previstas para tal efecto. Si por la aplicación de la tasa de interés la obligación a pagar aumentara, significa que habría menos recursos para trasladar a la cuenta de excedentes. Lo propio ocurriría si se aumentara el costo de la construcción, por elevación de los precios de los materiales o por aumento de las cantidades de obra, caso en el cual, conforme a la cascada de pagos prevista, se disminuirían los recursos a trasladar a la cuenta de excedentes.

En consecuencia, era posible que la obra se ejecutara conforme al presupuesto oficial previsto por las entidades contratantes (IDU y TRANSMILENIO) y no conforme a los presupuestos preparados por todas las sociedades contratistas, en cuyo caso, la cuenta de excedentes dejaría de contar con suficientes traslados o abonos, así finalmente no se presentara pérdida alguna en la realización del proyecto.

En todo caso, si el proyecto consistía, de acuerdo con su finalidad, en la ejecución del Contrato de Concesión de obra, debe tenerse en cuenta que, no obstante la limitación prevista en el Acuerdo, al celebrarse el Contrato de Concesión 146 de 2003 por el Consorcio, pero aceptarse por todo el Grupo que éste debía ser ejecutado en los términos y condiciones en él previstos, todos los miembros del Grupo estaban asumiendo los riesgos inherentes al mismo y sus beneficios por partes iguales, para lo cual diseñaron los esquemas financiero y constructivo necesarios para asumir su responsabilidad, separando en todo caso el riesgo constructivo del riesgo financiero por solicitud de los bancos.

Así se entiende que la Sociedad Vargas Velandia Ltda. haya señalado en este proceso que ella siempre ha reconocido cuál es su responsabilidad y que nunca ha dicho que no paga, o que nunca se ha negado a pagar lo que le corresponda o le llegue a corresponder, sólo que, salvo en contadas circunstancias como en el caso del accidente de los niños, no le han dicho qué es lo que debe pagar, por qué o en virtud de qué título.

Entonces, qué pasa si al término de la ejecución y liquidación del proyecto, no sólo no hay excedentes sino que se presentan pérdidas?

Una vez determinado su origen habrá que buscar el mecanismo para enjuagarlas antes de la liquidación del mismo proyecto. Por ejemplo, si ellas obedecen a un mayor costo de la obra con motivo de mayores cantidades ejecutadas no previstas en el Contrato de Concesión pero que fueron necesarias para su ejecución, el Consorcio Alianza Suba – Tramo II deberá formular la reclamación correspondiente a las entidades contratante y pagadora y si se prueba que ellas deben asumirlo, pues así seguramente deberán proceder. Pero si la pérdida es o puede ser el resultado de sobrecostos que dijo asumir la Constructora Suba S.A., de probarse su ocurrencia, seguramente deberá ser asumido por ésta, según ella se obligó en las Ofertas que presentó y le fueron aceptadas. Y, finalmente, si ellas se llegan a dar y se prueba que no deben ser asumidas ni por el IDU-TRANSMILENIO ni por la Constructora Suba S.A., en procesos o mecanismos en los cuales ellas intervengan, al término de la liquidación definitiva del proyecto, necesariamente deberán ser asumidas por todas las Sociedades participantes en el mismo, en virtud del Acuerdo o convenio que todas las Sociedades hicieron para participar en la Licitación con el compromiso de asumir la responsabilidad de ejecutar la totalidad de las obras del Contrato de Concesión conforme al valor del mismo.

Así se describe cómo, los riesgos y con ellos los beneficios o la ausencia de ellos, las utilidades o las pérdidas fueron asumidos o serán asumidos por todas las sociedades participantes.

Pero igualmente debe admitirse que las Sociedades que suscribieron el Acuerdo formalizado el 12 de junio de 2003 y que se comprometieron a participar en un mismo propósito o finalidad para cuya ejecución se obligaron a realizar determinados aportes y a sufragar determinados gastos, lo mismo que previeron recibir determinados beneficios, asumiendo entre todos los riesgos propios o inherentes al proyecto u operación en los términos atrás señalados, también previeron otras reglas para regular la participación en otras operaciones, bien en el Acuerdo, ora en el Contrato de Fiducia Mercantil, ora en el Contrato que dio origen a la Constructora Suba o bien en el Contrato o Pacto de Solidaridad, reglas que obviamente deben respetarse en los términos en que fueron concebidas por todos.

Así por ejemplo, desde el Acuerdo se previó que conforme a la estructuración financiera del proyecto, los únicos deudores frente a los potenciales prestamistas serían los respectivos Fideicomisos, en virtud de lo cual los

fondos para pagar el capital y los intereses de los préstamos otorgados en curso de la financiación de las obras, se tomarían única y exclusivamente de las sumas de dinero que correspondieran a los pagos que se le hicieran a los fideicomisos en ejecución de los respectivos Contratos de Concesión. Esta regla fue respetada íntegramente en el Contrato de Fiducia Mercantil y únicamente se modificó parcialmente con la Cuarta Modificación con el objeto de garantizar el pago de las obligaciones resultantes del proceso de titularización, para lo cual se creó la subcuenta denominada de colateral transitorio.

A su vez, desde el Acuerdo se previó que las Sociedades participantes no tendrían responsabilidad alguna, ni directa, indirecta o subsidiariamente, fuere a título de deudores, garantes o avalistas, por el pago de capital e intereses de la financiación que se concediera para realizar las Obras y la Ejecución del Contrato de Concesión, al tiempo que, complementariamente, en el mismo Acuerdo se pactó que cualquier decisión para que las Sociedades comprometieran su responsabilidad directa a título de deudor, garante o avalista, frente a los prestamistas que concedieran la financiación de las obras, solo obligaría a las Sociedades que así lo aprobaran, con la única salvedad prevista para alcanzar el cierre financiero.

Ello significa que una Sociedad participante sólo responde por el cumplimiento de aquellas decisiones en las cuales se obligó como deudor, garante o avalista para financiar la realización de obras y la ejecución del Contrato de Concesión.

En la medida en que tal decisión exista y en ella conste una obligación clara, expresa y exigible a cargo de una sociedad participante, será ejecutable por su beneficiario aún por la vía ejecutiva, para lo cual deberá ponerse en movimiento el mecanismo judicial idóneo que no es precisamente este arbitral por haberse así excluido expresamente en la Cláusula Compromisoria.

Similar salvaguarda se contempló en la Escritura de Constitución de la Constructora Suba S.A, conforme a la cual la autorización a la Sociedad para constituirse en garante de las obligaciones para el desarrollo del objeto social o la autorización para que los accionistas den sus propias acciones en prenda deben ser adoptadas por unanimidad.

En el presente proceso no se demostró que exista una decisión conforme a la cual Vargas Velandia Ltda., hoy Xie S.A. se haya obligado a asumir como deudor, garante o avalista la financiación para la ejecución de las obras o la ejecución del Contrato de Concesión. Las que se obligaron a asumir compromisos de financiación con el objeto de prestar a su vez los recursos necesarios a la Constructora Suba S.A. para la terminación de la etapa de construcción del proyecto, fueron las restantes sociedades y por ello ellas deben asumir el cumplimiento de tales obligaciones. Porque ellas lo hayan hecho, no por eso Vargas Velandia Ltda. está obligada a asumir una parte o el todo de tales obligaciones. Diferentes son las obligaciones que surgen del pacto de solidaridad para Vargas Velandia Ltda. o para cualquiera otra de las restantes seis sociedades y que se relacionen con la ejecución de las obras, las cuales deben cumplirse en los términos en él previstas, como distinto también

TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO DE  
ESTYMA S.A., CONCAI S.A., ARQUITECTOS E INGENIEROS ASOCIADOS S.A., CONSTRUCTORA INECON-TE LTDA e  
INCOEQUIPOS S.A. Vs. VARGAS VELANDIA LTDA (XIE S.A.)

es el caso que para garantizar el pago de las obligaciones a favor de acreedores de la Constructora Suba S.A., las sociedades convocantes las hubieran pagado, en cuyo caso, la sociedad o sociedades que lo hubieran hecho en virtud del pacto de solidaridad, se subrogarían en los derechos del acreedor y tendrían en consecuencia el derecho de repetición frente a los demás obligados solidariamente, pero ese no es el caso planteado en la demanda arbitral, ni podría serlo, porque ese asunto, si existiere un título ejecutivo, cabe dentro de los que fueron expresamente excluidos de la Cláusula Compromisoria.

Finalmente, de conformidad con las reglas atrás señaladas en el Acuerdo, fue que en el Contrato de Fiducia se acordó que realizados todos los pagos para satisfacer todas las obligaciones relacionadas con la financiación y la ejecución del Contrato de Concesión 146 de 2003, en el orden de prioridad en él previstos o, lo que es lo mismo, conforme a la cascada de pagos señalada para cada una de las Subcuentas, el saldo resultante se trasladaría a la Subcuenta de Excedentes, de la cual se giraría a sus beneficiarios por parte de la Fiduciaria, previa orden del funcionario autorizado del Grupo Alianza Suba.

Ello significa que de acuerdo con el Contrato de Fiducia Mercantil los recursos disponibles en la Subcuenta de Excedentes le pertenecen a cada una de las Sociedades participantes en la proporción prevista en el Acuerdo, no están afectos al cumplimiento o garantía de ninguna obligación y sus titulares pueden disponer de ellos, como ya lo han hecho las Sociedades demandantes y demandas en reconvención, una vez así lo determine el funcionario autorizado del Grupo Alianza Suba.

Esas son las reglas especiales, las cuales tienen su punto de partida y sustento en el Acuerdo del 12 de junio de 2003, están así contenidas en el Contrato de Fiducia Mercantil celebrado el 29 de septiembre de 2003 y en sus diferentes modificaciones.

No obstante lo anterior, sin razón válida, existe orden adoptada mayoritariamente en el seno del Consejo Directivo del Consorcio Alianza Suba – Tramo II para que el funcionario autorizado del Grupo Alianza Suba a su vez no de la orden a la Fiduciaria vocera del patrimonio autónomo para que ponga a disposición de Vargas Velandia Ltda. -hoy Xie S.A.- tales recursos.

Los mismos funcionarios autorizados, al ser interrogados sobre si los recursos de la cuenta de excedentes fueron entregados a la Sociedad Vargas Velandia en sus declaraciones rendidas a este Tribunal señalaron que no, por existir orden en tal sentido del Consejo Directivo del Consorcio Alianza Suba –Tramo II, decisión que obviamente se adoptó sin el concurso de la Sociedad Vargas Velandia Ltda.

En efecto, al ser interrogado por uno de los Árbitros sobre las razón o razones con fundamento en las cuales el funcionario autorizado se había abstenido de ordenar el pago a favor de Vargas Velandia Ltda., el Señor RICARDO POSTARINI, quien fue Director del Proyecto y Gerente de la Constructora Suba S.A., y como tal el funcionario responsable autorizado, enfáticamente señaló que la razón

“Era una sola, y era la orden de la junta directiva de no hacerlo”.

A su vez, al ser interrogado por el señor apoderado de la parte convocante sobre si los recursos de la cuenta de excedentes a favor de Vargas Velandia se le habían entregado o no, el señor LUIS FERNANDO YORI SOLER, quien reemplazó al Señor Ricardo Postarini en la Dirección del Proyecto, en la Gerencia de la Constructora Suba S.A. y en el ejercicio de las facultades de funcionario responsable autorizado del Grupo Alianza Suba, en su declaración rendida el 13 de mayo de 2008, señaló lo siguiente:

“No se les han entregado claramente por instrucciones de los otros cinco y con el sentido de tener recursos hasta que se termine el contrato y finiquitar todas las obligaciones provenientes del contrato”<sup>68</sup>.

Con esta conducta que le ha impedido a Vargas Velandia Ltda. acceder a los recursos de la subcuenta de excedentes, se produjo un incumplimiento de Acuerdo interno por parte de las Sociedades convocantes y convocadas en reconvencción.

## **C. LA FINANCIACIÓN DEL PROYECTO**

De manera especial, el Tribunal analiza ahora el esquema de financiación del proyecto con el objeto de determinar la existencia o no de obligaciones a cargo y a favor de las mismas Sociedades participantes en el proyecto u operación objeto de examen y poder resolver luego las pretensiones que con dicho tema se relacionan.

Para tal efecto, se estudiará el tema de manera integral, debiendo por tal razón repetir la transcripción parcial en algunos casos, o hacer referencia en otros, de documentos ya mencionados que fueron útiles para hacer los análisis anteriores pero que serán igualmente relevantes para hacer el análisis del esquema de financiación y resolver luego las pretensiones que con él se relacionan.

### **1. Las exigencias de la Financiación**

Téngase presente que las seis sociedades que intervienen en este proceso se obligaron en los términos del Acuerdo celebrado el 12 de junio de 2003<sup>69</sup> a adelantar la financiación de las obras que correspondiera ejecutar al Consorcio en cumplimiento del Contrato de Concesión.

---

<sup>68</sup> Cuaderno de transcripciones.

<sup>69</sup> Sección 4 del Acuerdo.



TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO DE  
ESTYMA S.A., CONCAV S.A., ARQUITECTOS E INGENIEROS ASOCIADOS S.A., CONSTRUCTORA INECON-TE LTDA e  
INCOEQUIPOS S.A. Vs. VARGAS VELANDIA LTDA (XIE S.A.)

En efecto, en el citado Acuerdo del 12 de junio de 2003, al regular los términos y condiciones a los cuales se sujetarían las partes, se fijaron algunas reglas sobre la financiación del proyecto, entre las cuales se encuentran las siguientes:

En la sección 4, numeral 4.2. se trató el tema de la estructuración de la financiación y se acordó expresamente lo siguiente:

“

a) Los deudores frente a los potenciales prestamistas serán los respectivos fideicomisos, y por lo tanto los desembolsos de préstamos que se hagan en curso de la financiación de las Obras y la ejecución de los contratos de Concesión, serán realizados directamente al Fideicomiso que corresponda.

b) Los fondos para pagar el capital y los intereses de los préstamos otorgados en curso de la financiación de las Obras, se tomarán única y exclusivamente de las sumas de dinero que correspondan a los pagos que se le hagan a los Fideicomisos en ejecución de los respectivos contratos de Concesión.

c) Las partes no tendrán responsabilidad alguna, ni directa indirecta o subsidiariamente, ya sea título de deudores, garantes o avalistas, por el pago del capital e intereses de la financiación que se conceda para realizar las obras y la ejecución de los Contratos de Concesión....”

A su vez, de manera concreta, en el Contrato de Concesión No. 146 celebrado el 19 de agosto de 2003, se establecieron como obligaciones del Concesionario, entre otras, las siguientes:

“c. Obtener la financiación necesaria para el desarrollo del proyecto.

d. Constituir el fideicomiso en la oportunidad señalada en el numeral 5.1.1. de la CLAUSULA 5 del presente **Contrato de Concesión** y efectuar los aportes a las respectivas subcuentas del **Fideicomiso**, en los términos señalados en el contrato<sup>70</sup>”.

El Concesionario se obligó en tales términos a conseguir la financiación para el desarrollo de todo el proyecto y a constituir un Fideicomiso para la administración y fuente de pago de los recursos del mismo.

En armonía con lo anterior, en el numeral 5.1.1. de la Cláusula 5 del Contrato de Concesión se estableció que

“El **Concesionario** deberá constituir el **Fideicomiso** al que hace referencia la CLAUSULA 18 del presente contrato, en los términos allí descritos, dentro de los quince (15) días calendario siguientes a la fecha de inicio de ejecución del contrato”.

Así, entonces, la constitución del fideicomiso era una exigencia del Contrato de Concesión y una obligación específica a cargo del Concesionario.

<sup>70</sup> Cláusula sexta, contrato de Concesión No. 146.

Para satisfacer tal obligación contractual, las sociedades integrantes del Consorcio, en su calidad de Concesionarias y como tales de fideicomitentes, concurren a la celebración del Contrato de Fiducia Mercantil con Fiducolombia S.A. el día 29 de septiembre de 2003, al tiempo que para cumplir las reglas previstas en el Acuerdo del 12 de junio de 2003, a la celebración de dicho Contrato de Fiducia Mercantil también concurren las Sociedades VARGAS VELANDIA LTDA e INCOEQUIPOS S.A. pero en su condición de aportantes de capital. Dicho Contrato de Fiducia Mercantil fue modificado por las partes en cuatro oportunidades. Como atrás se anotó, el objeto inicial del Contrato fue:

- (i) Servir como instrumento para la recepción de todos los pagos que deban hacer el IDU y Transmilenio de conformidad con lo previsto en el contrato de Concesión.
- (ii) Servir como deudor del préstamo de los instrumentos de crédito;
- (iii) Realizar los pagos necesarios para llevar a cabo el proyecto en la etapa de Construcción y etapa de mantenimiento
- (iv) Servir como instrumento de respaldo y fuente de pago para los pagos capital y de intereses del préstamo en cada fecha de pago de capital y cada fecha de pago de intereses, respectivamente, en los términos previstos en los documentos del crédito y en el contrato de fiducia”.

Por su parte, hay que tener en cuenta que en el numeral 18.4 del Contrato de Concesión 146 de 2003, se determinó que los fondos del fideicomiso serían transmitidos por el Fideicomitente, así:

“El Concesionario deberá transmitir al patrimonio autónomo todos los recursos de deuda y capital que llegare a utilizar para la ejecución de las obligaciones que le asisten con ocasión del presente **Contrato**, de conformidad con las necesidades del proyecto en los tiempos y montos que el mismo determine...”

Según lo anterior, se evidencia que sería el Fideicomiso el deudor frente a los potenciales prestamistas y que todos los recursos ingresarían directamente al Patrimonio Autónomo.

Según las reglas que las partes fijaron entre ellas para la ejecución del contrato, se previó que el Fideicomiso sería el titular y responsable del manejo de todos los recursos obtenidos para la financiación de la obra, lo cual era obligación a cargo de las partes según el Acuerdo y el Contrato de Concesión.

Con el fin de estructurar lo relativo a esa obligación, se elaboró un modelo financiero, el cual fue preparado por la unión de las firmas Helm Investment y Diligo, quienes gestionaron un crédito sindicado con varios bancos que prestaron la suma de \$140.000 millones de pesos que deberían ser depositados en el Fideicomiso.

Así mismo, se acordó aportar un equity que equivalía a \$18.050 Millones en adición al crédito de \$140.000 millones de pesos.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO DE  
ESTYMA S.A., CONCA Y S.A., ARQUITECTOS E INGENIEROS ASOCIADOS S.A., CONSTRUCTORA INECON-TE LTDA e  
INCOEQUIPOS S.A. Vs. VARGAS VELANDIA LTDA (XIE S.A.)

En el Concepto de la calificación otorgada por Duff and Phelps de Colombia S.A. efectuado por los analistas Catalina Forero Martínez y Juan Camilo Cabrera, se tocó el tema de la financiación de la siguiente manera:

“A octubre de 2005, el 67% de las fuentes de financiación estaba constituido por un crédito sindicado que se contrató por \$140.000 millones, el 9% por equity, el 1% por préstamos de los socios para capital de trabajo y el 9% por los ingresos por concepto de remuneraciones. Las obras adicionales, equivalentes al 14% están siendo financiadas con el capital de trabajo de Constructora Suba, de forma que no afectaron el esquema de financiación original<sup>71</sup>.”

Queda establecido que en términos generales la financiación de las obras se proyectó tomando como fuentes, el crédito sindicado, el equity, los préstamos de los socios para capital de trabajo e ingresos por conceptos de remuneraciones. Como se verá posteriormente, a estas fuentes se agregaron la titularización que se hizo para cubrir el saldo del crédito sindicado y para aportar liquidez. Deben mencionarse también los préstamos que otorgaron las sociedades convocantes, algunos de ellos con fondos que obtuvieron de un crédito otorgado por BANCAFE al patrimonio autónomo que se constituyó en FIDUCAFE.

En el numeral 3.8 del prospecto de colocación, denominado estructura financiera actual y fuentes y usos del proyecto, se determinó cuales fueron los recursos iniciales utilizados para la financiación del proyecto, así:

“El valor aproximado de usos del Proyecto durante las etapas de preconstrucción y construcción asciende a la suma de \$210.142 millones incluyendo los intereses bancarios generados durante dicho periodo. El esquema de financiación del Proyecto comprende los siguientes mecanismos:

- (a) El Crédito Sindicado por un monto de \$140.000 millones con un plazo de 6.5 años incluidos 1.5 años de gracia.
- (b) El Crédito Subordinado, hasta por la suma de \$3.000 millones.
- (c) Aportes de capital de los miembros del Consorcio, Incoequipos S.A. y Vargas Velandia por \$18.050 millones.
- (d) Ingresos por concepto de Remuneración principal durante la etapa de construcción por \$19.647 millones.
- (e) Ingresos provenientes de los contratos adicionales al Contrato de concesión por \$29.445 millones<sup>72</sup>.”

Como atrás se mencionó, los Bancos exigieron que debiera separarse el riesgo financiero del riesgo del constructor, por lo cual se constituyó la Sociedad Constructora Suba S.A. con el objeto de que ésta se encargara de realizar las

<sup>71</sup> Concepto de la calificación otorgada por Duff and Phelps de Colombia S.A. Pág. 40.

<sup>72</sup> Prospecto de colocación Titularización fideicomiso patrimonio autónomo alianza suba tramo II, Pág. 57. Cuaderno de Pruebas año 2006 (2)

obras bajo la modalidad de contrato llave en mano. De esta manera, los mayores valores de obra o sobre costos de la misma, no afectarían al Fideicomiso Alianza Suba Tramo II que era el deudor de los bancos que participaron en el otorgamiento del crédito sindicado. Los riesgos de la construcción se aislarían bajo ese esquema, para quedar radicados en el constructor, es decir en la Constructora Suba S.A.

Así lo manifestó el señor Edgar Navarro en la diligencia de testimonio efectuada el día 8 de julio de 2008.

“Cuando yo inicialmente llegué a hacer las averiguaciones iniciales la mayoría de los participantes ya tenían sus estructurador y nosotros no. Es así como haciendo investigación y obviamente aprovechado los nexos con el sector financiero, llámese banco, llegué al camino del estructurador que al final tuvimos que se llama Helm que al final fue el estructurador que posteriormente por razones que probablemente mencione más adelante terminó en unión con Diligo en la estructuración de ese sindicador.

(...)

Porque si los bancos nos iban a prestar y la figura era con bancos porque ninguna de las empresas tenía los recursos necesarios para ejecutar esto, creo que el único oferente que... los bancos no nos iban a prestar la totalidad de la plata, iban a exigir un equity, que es digamos el aporte de capital que tiene que hacer el oferente en contraposición contra lo que presta el banco, básicamente lo que el banco le está diciendo es asuma algo del riesgo.

Efectivamente nosotros instauramos el equity en más o menos \$18.300 millones y el compromiso es que se tenía que poner esa plata, ese era el compromiso. Los bancos dijeron háganlo, pero los bancos exigieron, yo no quiero que mi plata corra riesgos, entonces hagan la obra como mejor les parezca pero sepárenle el riesgo operacional del riesgo financiero ; porque los bancos no quieren perder plata, es una concesión y bajo el esquema de cero riesgos de concesión, ellos querían prestar la plata a una tasa muy baja, como efectivamente nos la prestaron para que no existiera este riesgo, entonces dijeron: usen a alguien que construya y en éste caso en particular ellos dijeron que iban a ser el estructurador, pero como Constructora Suba y nuevamente subcontratando a subcontratistas a un mejor precio, porque lo que se quería era que las utilidades quedaran aquí arriba las del consorcio y abajo los que ejecutaran obras se ganaran al menor precio las menores utilidades posibles como subcontratistas.

(...)

Porque ahí hay una acotación importante. La exigencia de los bancos no fue crear Constructora Suba, la exigencia de los bancos es hagan un contrato llave en mano con un constructor que ejecute la obra por un valor fijo y esos seis dijeron queremos una constructora para que nosotros podamos gobernar ese presupuesto también y subcontratar también con terceros como evidentemente lo hicieron; Constructora Suba hizo contratos con terceros también, pero el requerimiento de los bancos no fue crear Constructora Suba, el requerimiento de los bancos fue un contrato llave en mano.

Más adelante se optó por reemplazar el crédito sindicado por una titularización, con el fin de extinguir la deuda con los bancos y generar recursos adicionales. Esto tuvo como efecto la reducción del costo de financiación del proyecto y aportar liquidez para el mismo.

Esta vez fue Dilgo quien se encargó de estructurar financieramente el negocio, de la siguiente manera:

“1.2. La oferta

Mediante modificación 4 al contrato de Fiducia, el Fideicomitente autorizó al Patrimonio autónomo para emitir los títulos de contenido crediticio, ALIANZA SUBA TRAMO II, por la suma de Ciento Setenta Mil millones de pesos (\$170.000 millones), los cuales serán colocados mediante el mecanismo de oferta pública en el Segundo Mercado<sup>73</sup>.”

El señor Peter Grossich Vanegas quien prestó asesoría financiera a las partes, expuso en detalle como se desarrolló la titularización efectuada, en la diligencia de testimonio realizada el día 22 de mayo de 2008:

“SR. GROSSICH: Los conocemos con mucho detalle, digamos que la vinculación con Alianza Suba, surge a raíz que fuimos contratados con asocio con una firma que se llama Dilgo Avail Isuri Group Colombia (sic) que es una firma de propiedad de un ex banquero de inversión de Jeipe Morgan (sic) y ex director de crédito público Julio Torres y de un ex banquero de inversión también del ABN Ambro que es un argentino que se llama Nicolás BantiJohen.

En asocio con ellos formamos o le presentamos al consorcio una propuesta o al grupo Alianza Suba, una propuesta para la estructuración de una titularización que estuviera dirigida a sustituir los pasivos financieros que estaban vigentes para esa fecha que eran pasivos contratados con entidades bancarias...

De manera que tenía conocimiento de esas transacciones y le propuse a Dilgo en este caso que nos asociáramos para presentarle una propuesta al tramo 2, en el Consorcio Alianza Suba de manera que una vez evaluada por la junta directiva esta propuesta, fue otorgaba (sic) un mandato con base en el cual se hizo una titularización que no es un mecanismo distinto con base en unos flujos futuros, derivados de los derechos económicos del contrato de concesión con el IDU que ya estaban cedidos previamente desde la época de constitución del patrimonio autónomo a dicho patrimonio hacer una operación de financiación en cabeza del patrimonio autónomo que esta respalda estrictamente sobre los flujos futuros que va a recibir ese patrimonio autónomo.

Esta transacción persiguiendo dos objetivos fundamentales, por un lado reducir el costo de financiación del proyecto, para esa época se estaba a finales de 2005 y comienzos de 2006, se estaba viviendo una época de oro, en el mercado de capitales

<sup>73</sup> Prospecto de colocación Titularización fideicomiso patrimonio autónomo alianza suba tramo II, Pág. 11. Libro de pruebas # 12

---

en Colombia, dado que las tasas de los títulos TES habían llegado a un límite particularmente bajo...

Y es así como adelantamos una titularización por 170 mil millones de pesos en dos series, una serie de 120 mil millones de pesos indexa al IPC que se colocó a IPC más 3-20 que eso para ponerlos en términos de tasa efectiva estamos hablando algo alrededor del 9% y una serie de 50 mil millones de pesos indexada al DTF que se colocó a DTF más 0.9, eso nos puede arrojar un costo también alrededor del 9, 10%..."

El segundo objetivo que se perseguía, porque digamos para esa fecha los pasivos eran un poco menos de 140 mil millones de pesos. Los pasivos para esa fecha el crédito sindicado originalmente era de 140 mil millones de pesos, para esa fecha se debían 133 mil millones de pesos, de manera que con los 170 que mencione se cubrían totalmente o se podían sustituir esos pasivos financieros pero además se perseguía ponerle recursos adicionales de deuda al proyecto, de manera que los accionistas pudieran generar recursos para cubrir costos de construcción que no estuvieron previstos al inicio del proyecto y generar además algunos excedentes de liquidez para ellos mismos.

Es un requisito estándar de la banca y del mercado de capitales que se suscriban contratos de construcción que le trasladen el riesgo de construcción precisamente a terceros que sean capaces de soportar ese riesgo, de alguna forma el concesionario se desprende de su principal obligación que es la de construir y lo más importante del riesgo inherente de esa obligación de construir para entregársela a un tercero de manera que al proyecto o al deudor en este caso que fue el patrimonio autónomo, la obra le cueste exactamente lo que estaba previsto en la ingeniería financiera con la cual se tomó la decisión de crédito.

Y es así como en su momento en este proyecto, se suscribió un contrato de construcción en donde simplemente se trasladaban de forma espejo las obligaciones en materia de sobre costos y de alcances derivadas del contrato de concesión.

Y digamos que ese paquete de obligaciones alrededor de la ejecución de las obras, previsto en el contrato de concesión, se trasladó de forma espejo al constructor a través del contrato de construcción que se suscribió con la constructora Alianza Suba, que tiene una particularidad y es que esta constructora es lo que nosotros llamamos un vehículo de propósito especial, es decir una sociedad que se constituye exclusivamente con el objeto de adelantar en este caso particularmente esa construcción.

(...)

En este caso se optó por una sociedad de propósito especial, supongo que por efectos fiscales, pero evidentemente respaldada por sus socios porque difícilmente una sociedad sin patrimonio hubiera podido soportar cualquier tipo de sobre costo.

De manera que se emitió la titularización hacia marzo del año 2006, el agente colocador fue Corredores Asociados, que fue un subcontratista de Dilgo y Nexus en la colocación de estos títulos con las tasas que ya mencione, que fueron tasas excepcionales que desafortunadamente no se han podido volver a ver en el

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO DE  
ESTYMA S.A., CONCAI S.A., ARQUITECTOS E INGENIEROS ASOCIADOS S.A., CONSTRUCTORA INECON-TE LTDA e  
INCOEQUIPOS S.A. Vs. VARGAS VELANDIA LTDA (XIE S.A.)

mercado y mencionaba que dentro de los usos de la titularización había una partida de 17 mil millones de pesos, que estaba dirigida a los socios, en donde llevábamos una propuesta que en principio es agresiva pero es normal en este tipo de proyectos<sup>74</sup>”.

La titularización fue hecha por \$170.000 millones, en 17.000 títulos a la orden de valor nominal cada uno de \$10 millones, en dos series A (\$120.000 millones. 5.5. años) y B (\$50.000 millones. 3 años).

Con la mencionada titularización se canceló la deuda del crédito sindicado, se pagó una deuda contraída con la Constructora Suba S.A., se fondeó la cuenta principal y la de colateral transitorio.

En el prospecto de colocación Titularización fideicomiso Patrimonio Autónomo Alianza Suba Tramo II, se estableció la destinación de los recursos provenientes de la emisión, de la siguiente manera:

“1.2.1. Destinación de los Recursos Provenientes de la Emisión.

Los recursos que se obtengan con la colocación de los Títulos en el Segundo Mercado tendrán la siguiente destinación, en su orden:

- a. El pago anticipado a los Prestamistas del Crédito Sindicado vigente, que a la fecha asciende a la suma de \$133.000 millones, y en todo caso el monto a prepagar, será el monto adeudado del Crédito Sindicado a la fecha de suscripción de los títulos.
- b. La constitución, en el Patrimonio Autónomo, del Fondeo de Servicio de Deuda por \$4.000 millones.
- c. La constitución, en el Patrimonio Autónomo, del Fondeo de Reserva para Operación y Mantenimiento por \$1.000 millones.
- d. El pago a Constructora Suba por \$15.000 millones por concepto de la Oferta Adicional, previa presentación de las correspondientes facturas por parte de Constructora Suba.
- e. La creación y fondeo, en el Patrimonio Autónomo, del colateral transitorio hasta por \$17.000 millones<sup>75</sup>”.

Por lo tanto, la titularización efectuada en marzo de 2006 alivió la situación financiera del proyecto y permitió allegar recursos adicionales, para continuar con la obra.

En resumen, era obligación del Consorcio Alianza Suba Tramo II en los términos del Contrato de Concesión 146, obtener la financiación necesaria para el desarrollo del proyecto, así como era obligación de todos hacerlo –entre

<sup>74</sup> Cuaderno de transcripciones.

<sup>75</sup> Prospecto de colocación Titularización fideicomiso patrimonio autónomo alianza suba tramo II, Pág. 13. Libro de pruebas # 12.

ellos VARGAS VELANDIA LTDA e INCOEQUIPOS S.A.-, según lo previsto en el Acuerdo del 12 de junio de 2003 y todos cumplieron con tal obligación a través del Fideicomiso, en primer término con el crédito sindicado por 140.000 millones y la entrega del equity. En 2006 se realizó la titularización mencionada, con la cual se canceló el crédito sindicado y se obtuvo una disminución en costos financieros para el proyecto y adicionalmente se allegaron nuevos recursos para el mismo.

## 2. Los préstamos de las partes

Hasta finalizar la etapa de construcción las seis sociedades participantes otorgaron préstamos para la ejecución del proyecto, los cuales en su mayoría provienen de las sociedades convocantes.

A continuación se analizará la operación que se hizo con el fin de obtener un crédito de Bancafe, que a la postre fue tomado solamente por las cinco convocantes y posteriormente se revisarán otros créditos que fueron otorgados con recursos propios.

Para el primer propósito mencionado, las partes solicitaron la asesoría de Nexus Banca de Inversión para la solicitud de un préstamo por \$30.000 millones de pesos, para cubrir los sobrecostos en los que había incurrido la Constructora Suba en la ejecución de las ofertas. Finalmente el préstamo fue aprobado por BANCAFE por la suma de \$25.000 millones de pesos, por cuanto Vargas Velandia decidió no participar en la obtención del mismo.

Así lo manifestó el señor Peter Grossich Vanegas, en la diligencia de testimonio realizada el día 22 de mayo de 2008:

“Les propusimos y les hicimos los cálculos que demostraban que con un riesgo razonable esos excedentes eran capaces de pagar incluidos esos intereses 30 mil millones de pesos, de manera que esos 30 mil millones de pesos se fueran a su vez a capitalizar o a título de préstamo a la constructora suba con el fin de cubrir los sobre costos.

Además para esa fecha, la constructora suba ya tenía una situación de pérdidas importantes, estaba en causal de disolución obviamente tratándose de una sociedad de propósito especial, no era del caso enervad (sic) la causal de disolución pero lo que si era cierto era que había que pagar los pasivos, que buena parte de esos pasivos eran con terceros, los terceros típicos proveedores de una construcción que son proveedores de materiales, de cemento, contratistas, etc.

Finalmente Bancafe nos aprobó una operación por 30 mil millones de pesos y para implementar esa operación conformamos un segundo patrimonio autónomo con Fiducate, fue un requisito casi comercial y es que Bancafe nos dijo perfecto, le presto, pero quiere que mi fiduciaria sea la que maneje ese tema, en donde en ese contrato, básicamente lo que hicimos fue hacer una cesión de los derechos económicos de esa área sombreada que dibuje en el tablero, que era el excedente correspondiente o el excedente generado una vez se atendía los pagos de la emisión de títulos.



Que fueran ellos actuando como beneficiarios los que le cedían ese beneficio a Fiducate para efectos de soportar la financiación que se obtuvo a su vez con Bancafe y muy al cierre de la transacción incluso...ya elaborados tuvimos la sorpresa de que uno de los 6 socios decidió apartarse de la operación, porque en opinión de él, le parecía más conveniente o innecesario que la plata se fuera a la constructora a cubrir sobre costos y digamos que la pretensión era como que la plata se le girara a él directamente en lugar de a la constructora.

(...)

Respuesta un poquito larga a su pregunta, esa es digamos nuestra vinculación Alianza Suba, primero a través en asocio con Dilgo, una emisión de títulos por 170 mil millones de pesos y ya después de manera independiente de Dilgo una operación de 30 mil aprobados, finalmente solamente 25 mil desembolsados porque hubo esa sexta parte de beneficios que no se vincularon a la operación en donde le buscamos unos recursos adicionales al proyecto para que se pudiera cerrar". (La subraya es ajena al texto)

Está probado que VARGAS VELANDIA no participó en la mencionada operación de crédito, mientras que las sociedades convocantes sí lo hicieron.

En cuanto a los préstamos efectuados por cinco de los socios manifestó el señor LUIS FERNANDO YORI SOLER, Gerente de la Sociedad Constructora Suba y Director del Proyecto Transmilenio Fase II Suba Tramo 2 en la diligencia de testimonio celebrada el día 13 de mayo de 2008, lo siguiente:

"DR. GALLO: Los socios han hecho aumento de capital o han hecho préstamos directos de socios a la constructora, para atender la construcción de la obra.

SR. YORI: Sí señor.

SR. YORI: En el lapso que he estado, ya habían hecho unos aportes en calidad de préstamos y en el lapso que inicié aportaron recursos los cinco socios, los convocantes.

DR. GALLO: Para precisar eso los cinco son?

SR. YORI: Estyma, AIA, Conca y, Ineconte e Incoequipos.

DR. GALLO: Y Vargas Velandia no aportó?

SR. YORI: Vargas Velandia no aportó, en las reuniones que tuvimos que se planteaba la necesidad de recursos ellos como lo plantee en un principio se oponían al aporte de recursos.

DR. GALLO: Y por qué, bajo qué supuesto, qué argumento daban para oponerse a eso?

SR. YORI: El argumento que han dado, el planteamiento que han hecho en las reuniones es que la pérdida es de la constructora y que la constructora debe responder y no lo socios, por esa razón no han colocado el dinero en la etapa en que he estado, en las etapas anteriores supongo.

DR. GALLO: No han colocado el dinero para la constructora, o para la construcción de la obra de la concesión?

SR. YORI: No han colocado el dinero para que la constructora termine de pagar los costos en que incurrió durante la construcción.

DR. GALLO: Y si esa obra que realizó la constructora a través de los sub contratos con los mismos socios no se realiza o no se termina cuál es la implicación?

SR. YORI: La implicación clara es para los contratantes principales que son: El consorcio que es un incumplimiento contractual, multa y en el peor de los casos caducidad.

SR. YORI: Evidentemente cualquier tipo de ventaja en el negocio se termina perdiendo, tema multas, tema caducidad, todos sabemos que eso conlleva fundamentalmente a finiquitar empresas y hay inmediatamente intervención por parte de los bancos por el hecho de no haber terminado la obra, el hecho de no terminar la obra significa el colapso total del contrato de concesión incluido el tema fiduciario, la apropiación de los dineros para lograr cumplir, terminar de cumplir las obligaciones y pagar a los deudores.

DR. GALLO: Y esas platas se le han entregado?

SR. YORI: No se les han entregado claramente por instrucciones de los otros cinco y con el sentido de tener recursos hasta que se termine el contrato y finiquitar todas las obligaciones provenientes del contrato"<sup>76</sup>.

Igualmente, el señor Antonio Ricardo Postarini Herrera, quien fue Gerente de la Constructora Suba, se pronunció sobre los préstamos realizados por cinco de los socios y sobre el manejo que se le dio a tales recursos, así:

"DRA. ROJAS: Usted supo por qué Vargas Velandia Ltda. no participó en ese crédito de Bancafe?

SR. POSTARINI: Porque no estaba de acuerdo con el resultado del proyecto, decían que ellos no habían recibido ningún beneficio, que los socios sí se habían beneficiado a través de subcontratos y que en cambio ellos no habían recibido ningún beneficio a través del proyecto.

DR. VANEGAS: Señor Postarini, cuando esos informes de auditoria presentaban unas proyecciones de pérdida en el negocio, cuáles fueron las propuestas que se hicieron para allegar recursos distintos de aquella que concluyó con el crédito de Bancafe? si es que se propusieron a los socios de la constructora.

<sup>76</sup> Cuaderno de transcripciones.

SR. POSTARINI: Yo creo que en un primer momento se pensó en que los mismos socios de su propio capital aportaran al proyecto, creo que sería lo primero pero si no me equivoco todas las compañías solicitaron excepto Vargas Velandia Ltda. tener la factibilidad de un préstamo, a ver como hicieran para que eso fuera respaldado por los mismos socios, pero no recuerdo que se haya pensado en alguna otra alternativa a parte de esa.

DR. VANEGAS: Usted recuerda si en algún momento la constructora entró en mora de pagos frente a los subcontratistas?

SR. POSTARINI: Sí, creo que sí. No recuerdo bien pero creo que sí hubo un momento en el que no teníamos plata para pasar y creo que hicimos abonos a las cuentas que tenían los subcontratistas.

DR. VANEGAS: Cuando Bancafe, si lo recuerda, hizo el desembolso del crédito a los cinco de los seis socios de la constructora, había cuentas de pagar pendientes a favor de esos mismos socios?

SR. POSTARINI: Sí.

DR. VANEGAS: Usted recuerda los montos?

SR. POSTARINI: No.

DR. VANEGAS: Esos dineros, producto del crédito de Bancafe a donde fueron a parar, a las cuentas de cada uno...

SR. POSTARINI: No, esa plata se vino a depositar en el consorcio y de acuerdo a las instrucciones de los socios se hicieron los diferentes pagos.

DR. VANEGAS: En el consorcio o en las cuentas de la constructora?

SR. POSTARINI: En la constructora.

DR. VANEGAS: Y cuáles fueron esas instrucciones?

SR. POSTARINI: A pronto modo digamos que se hicieron todos los pagos. Lo primero que los socios dijeron bueno, pagar todas las cuentas pendientes y se comentó que no se le hiciera el pago a Vargas Velandia Ltda. ya que Vargas Velandia Ltda. no había participado en el endeudamiento con Bancafe.

DR. VANEGAS: Es decir que antes de ese desembolso habían obligaciones pendientes a favor de los seis miembros de la sociedad?

SR. POSTARINI: Sí señor.

DR. VANEGAS: Y cuando se desembolsó, solamente se le pago a cinco de ellos?

SR. POSTARINI: Correcto.

TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO DE  
ESTYMA S.A., CONCA Y S.A., ARQUITECTOS E INGENIEROS ASOCIADOS S.A., CONSTRUCTORA INECON-TE LTDA e  
INCOEQUIPOS S.A. Vs. VARGAS VELANDIA LTDA (XIE S.A.)

DR. VANEGAS: Hasta cuando usted terminó su gestión al frente de la constructora, se le había pagado a Vargas Velandia Ltda.?

SR. POSTARINI: No que yo recuerde. Creo que se le hicieron algunos abonos por algunos materiales o por algunos equipos que ellos solicitaron, me parece que unos vehículos, no recuerdo bien y eso se abonó a las cuentas de ellos; pero que sepa yo de dinero no se le canceló.

DR. VANEGAS: Usted podría ampliarme las razones por las cuales usted como gerente de la compañía se abstuvo de pagarle a Vargas Velandia Ltda.?

SR. POSTARINI: Era una sola, y era la orden de la junta directiva de no hacerlo.

DR. SÁCHICA: Usted fue nombrado funcionario autorizado y funcionario responsable, cuándo, cómo y por quiénes?

SR. POSTARINI: Me esta hablando para la fiducia o para todo el proyecto.

DR. SÁCHICA: Estamos hablando de una expresión concreta, funcionario responsable, funcionario autorizado, le estoy preguntando cuándo, cómo y por quiénes?

SR. POSTARINI: Por la junta, siempre fue la junta, la junta siempre nombró y decir en que fecha exacta, no me acuerdo.

DR. SÁCHICA: Sabe o conoce la razón por la cual los aquí demandantes consideraban que había que tener la autorización de Vargas Velandia Ltda. para tomar esos recursos de la fiducia?

SR. POSTARINI: Discúlpeme pero no recuerdo bien todo lo del patrimonio autónomo y todo lo de la parte de la fiducia, pero entiendo que así como yo pudiera dar la autorización para que ese dinero se le entregara a Vargas Velandia Ltda., mejor dicho Vargas Velandia Ltda. tenía que recibirlo, no era de que yo dijera: mire el dinero de Vargas Velandia Ltda. se lo entregan a nombre de A.I.A. S.A. o Constructora Suba, eso de acuerdo al reglamento no se podía hacer, digamos es algo que estaba completamente bloqueado porque ni Vargas Velandia Ltda. lo iba a recibir porque no había autorización por parte de la junta o por parte mía ante la fiducia digámoslo así o porque los socios no querían que Vargas Velandia Ltda. lo recibiera porque había unas deudas del consorcio que no habían...<sup>77</sup>

Las sociedades ESTYMA S.A., INCOEQUIPOS S.A., CONCA Y S.A., INECONTE LTDA. y A.I.A. S.A. constituyeron el patrimonio autónomo Fiducafex Excedentes Alianza Suba mediante Contrato de Fiducia Mercantil el día 30 de mayo de 2006, para que éste fuera el titular del crédito frente a Granbanco S.A. Bancafex. El objeto del referido contrato es el siguiente:

“Mediante el presente Contrato los Fideicomitentes constituyen un Patrimonio Autónomo irrevocable denominado **“PA Fiducafex Excedentes Alianza Suba”**, a

<sup>77</sup> Diligencia de testimonio celebrada el 12 de junio de 2008.

través del cual se estructurará una herramienta fiduciaria para la administración de los recursos derivados los Derechos Económicos de cada uno de los Fideicomitentes, y la obtención de un crédito con base en los mismos...”

Los Fideicomitentes (ESTYMA S.A., INCOEQUIPOS S.A., CONCAY S.A., INECON-TE LTDA. y AIA S.A.), transfirieron al patrimonio autónomo Fiducate Excedentes Alianza Suba los derechos económicos, derivados de su calidad de beneficiarios en el patrimonio autónomo Alianza Suba Tramo II. Tales derechos consistían en los excedentes que se generaran en el proyecto, después de atender las obligaciones a favor de los tenedores de los títulos emitidos por dicho patrimonio.

En el contrato de fiducia celebrado con Fiducate se precisó que eran los derechos económicos y la subcuenta de excedentes, así:

**“Derechos Económicos:** Se entenderán como los derechos a favor de los Fideicomitentes, derivados de su calidad de fideicomitentes y beneficiarios en el **Patrimonio Autónomo Alianza Suba Tramo II**, los cuales consisten en los excedentes que se generen a su favor en el proyecto, después de atender las obligaciones a favor de los tenedores de los títulos colocados en desarrollo del proceso de titularización adelantado a través de dicho patrimonio. Dichos excedentes se concretan en los recursos que ingresen a la Subcuenta de Excedentes del Patrimonio Autónomo Alianza Suba Tramo II, que se consideren “recursos disponibles” a favor de los Fideicomitentes, en los términos descritos en la Sección 5.03 de la “Cuarta Modificación” de dicho contrato”.

**“Subcuenta de Excedentes:** Es la subcuenta que ha sido constituida como parte del **Patrimonio Autónomo Alianza Suba Tramo II** y a la cual deben ingresar los recursos que se consideran excedentes del Proyecto. La porción de los recursos que ingresan a esta Subcuenta, que se consideran “recursos disponibles”, constituye los recursos de los Derechos Económicos que se ceden al Patrimonio Autónomo”.

Mediante comunicación de fecha 2 de junio de 2006, Magally Rodríguez de Matiz vicepresidenta de la Fiduciaria Cafetera S.A. le informó a Fiducolombia que se había celebrado un contrato de fiducia con las sociedades Estyma S.A., Incoequipos S.A., Concay S.A., Ineconte Ltda. y AIA S.A. y que éstas a su vez aportaron al fideicomiso los derechos derivados de su calidad de fideicomitentes y beneficiarios en el patrimonio autónomo Alianza Suba Tramo II.

A su vez cada una de las sociedades fideicomitentes, enviaron una comunicación a la Fiduciaria Bancolombia S.A. con el fin de informarle sobre la cesión de los derechos económicos efectuada mediante el contrato de fiducia mercantil irrevocable suscrito con la Fiduciaria Cafetera S.A. el 30 de mayo de 2006<sup>78</sup>.

La perito Magdalena Barón Ferreira expresó en el dictamen pericial a su cargo, el monto de dinero que fue transferido por el Patrimonio Autónomo Alianza Suba Tramo II al Patrimonio Autónomo Fiducate Excedentes Alianza Suba, en

<sup>78</sup> Comunicación de fecha 2 de junio de 2006.

virtud de la cesión de los derechos económicos realizada por las cinco sociedades convocantes:

“Es importante anotar que los créditos tomados por [cada] empresa ascienden a \$5.000 millones para un total de \$25.000 millones para lo cual las empresas han cedido al PA Fiducafé Excedentes Alianza Suba el 100% de los derechos económicos que a cada uno le corresponde derivados de su calidad de beneficiarios en el PA Alianza Suba Tramo II. El total de pagos realizados a Fiducafé a través de la cuenta de excedentes a mayo de 2008 es de \$13.179.919.998,18”<sup>79</sup>. (La subraya es ajena al texto).

“En cuanto al pago de los \$2,977,060,766.00, la parte que le hubiera podido corresponder a Vargas Velandia no impacta económicamente a cada uno de los cinco socios ya que los recursos de este pago provinieron de la Fiducuenta principal #22232001273.

Los recursos del crédito de Fiducafé se encuentran en cabeza del Patrimonio Autónomo PA Fiducafé Excedentes Alianza Suba. Los pagos por valor de \$13.179.919.998,18 realizados a Fiducafé por servicio de deuda se han cancelado con cargo a la subcuenta de excedentes #22232001277, la cual no discrimina sus beneficiarios. En consecuencia, la no asunción de la sociedad Vargas Velandia no ha impactado económicamente a las cinco sociedades por concepto de este crédito

Los pagos realizados del crédito de Bancolombia que se encontraban en cabeza de Constructora Suba S.A. contrato de mandato han sido realizados a través de la cuenta de excedentes y en consecuencia no ha impactado a las cinco sociedades<sup>80</sup>”.

En las aclaraciones y complementación al dictamen pericial, la misma perito señaló cual fue el total de los pagos hechos a los socios de la Constructora Suba S.A. provenientes del Fideicomiso Alianza Suba:

En la siguiente tabla se totalizan los pagos anuales

| <b>PAGOS A LOS SOCIOS DE LA CONSTRUCTORA<br/>SUBA S.A. - Fideicomiso Alianza Suba</b> |                          |
|---|--------------------------|
| Año 2004  | \$ 9,727,216,813         |
| Año 2005  | \$ 1,356,139,014         |
| Año 2007  | \$ 2,370,000,000         |
| <b>TOTAL</b>  | <b>\$ 13,453,355,827</b> |

Por su parte, la Fiduciaria Bancolombia certificó mediante comunicación de fecha 27 de junio de 2008, que de la subcuenta de excedentes No. 2223-2001277 a fecha 31 de mayo de 2008 se efectuaron giros por concepto de pago crédito Bancolombia No. 1260093173 de \$9.152.361.875,00 M/CTE y giros a

<sup>79</sup> Dictamen pericial presentado por la perito Magdalena Barón Ferreira. Respuesta pregunta numeral 5° auto de pruebas 1. Pág. 2 y 5.

<sup>80</sup> Ibídem. Pág. 11

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO DE  
ESTYMA S.A., CONCA Y S.A., ARQUITECTOS E INGENIEROS ASOCIADOS S.A., CONSTRUCTORA INECON-TE LTDA e  
INCOEQUIPOS S.A. Vs. VARGAS VELANDIA LTDA (XIE S.A.)

FIDUCAFE F.C.O cuenta corriente 010991693 la suma de \$6.990.000.000,00 M/CTE<sup>81</sup>.

Así, el dinero que entregaron las cinco sociedades antes mencionadas que se involucraron en el crédito con Bancafe, fue entregado a título de préstamo a la Constructora Suba S.A., con el fin de que ésta cubriera los sobrecostos en los que había incurrido por la ejecución de las obras contratadas conforme a las ofertas aceptadas, que eran las mismas previstas en la etapa de construcción a cargo del Consorcio según lo estipulado en el Contrato de Concesión 146 de 2003.

Adicionalmente, las sociedades A.I.A. S.A., CONCA Y S.A., INCOEQUIPOS S.A., CONSTRUCTORA INECON-TE S.A., ESTYMA S.A. y VARGAS VELANDIA LTDA hicieron préstamos de sus propios recursos a la Constructora Suba S.A. Es de anotar que esta última sociedad hizo préstamos en una cuantía significativamente inferior a los que hicieron las demás sociedades mencionadas.

En el expediente aparecen Actas de la Asamblea General de Accionistas en la cuales consta que se autorizó al Gerente de la Sociedad Constructora Suba S.A. para que contrajera algunos de los créditos con los accionistas:

- En la reunión de Asamblea General de Accionistas de la sociedad Constructora Suba S.A. celebrada el día 14 de junio de 2006, la cual consta en el acta No. 009, *“se autorizó al gerente de la sociedad para que en nombre y en representación de la misma contrajera los créditos concedidos por algunos de sus accionistas, y otorgara a éstos las garantías respectivas a través de pagarés a cada uno de ellos. El valor del crédito será la suma DIECISIETE MIL QUINIENTOS MILLONES DE PESOS (\$17.500.000.000), con una tasa de interés del DTF+5 TA, y un plazo de doce (12) meses para el pago de intereses y capital, sin perjuicios de que la sociedad pueda realizar prepagos en la oportunidad que estime conveniente”*.
- En la reunión de Junta Directiva de la sociedad Constructora Suba S.A. celebrada el día 30 de agosto de 2006 se dispuso lo siguiente:  
  
*“...autorizar al gerente de la sociedad para tomar un crédito otorgado por las sociedades A.I.A. S.A., CONCA Y S.A., INCOEQUIPOS S.A., CONSTRUCTORA INECON -TE S.A. y ESTYMA S.A. por un monto de MIL DOSCIENTOS MILLONES DE PESOS (\$1.200.000.000,00)”*.
- En la reunión de Junta Directiva de la Sociedad Constructora Suba S.A. celebrada el día 5 de octubre de 2006 se dispuso lo siguiente:  
  
*“La Junta Directiva autoriza al gerente de la sociedad tomar créditos por el monto de quinientos millones de pesos (\$500.000.000), los cuales serán*

<sup>81</sup> Comunicación de fecha 27 de junio de 2008 expedida por Fiduciaria Bancolombia (Anexo 1 y 2).

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO DE  
ESTYMA S.A., CONCA Y S.A., ARQUITECTOS E INGENIEROS ASOCIADOS S.A., CONSTRUCTORA INECON-TE LTDA e  
INCOEQUIPOS S.A. Vs. VARGAS VELANDIA LTDA (XIE S.A.)

*otorgados por las sociedades A.I.A. S.A., CONCA Y S.A., ESTYMA S.A.,  
INCOEQUIPOS S.A. y CONSTRUCTORA INECON-TE S.A.*<sup>82</sup>

Así mismo, en el dictamen pericial rendido por la Perito Gloria Zady Correa Palacio, se registraron los préstamos efectuados por cada una de las Sociedades a la Constructora Suba S.A., así:

“Los siguientes fueron los préstamos efectuados por cada uno de los socios, desde el año 2005 y hasta diciembre de 2007, fecha del último balance puesto a disposición de la suscrita, de acuerdo con la contabilidad:

| SOCIO                         | VALOR PRÉSTAMO EN \$  |
|-------------------------------|-----------------------|
| Arquitectos e Ingenieros S.A. | 7.736.582.681         |
| Concay S.A.                   | 7.820.023.527         |
| Estyma S.A.                   | 7.736.582.681         |
| Incoequipos S.A.              | 7.736.582.681         |
| Ineconte                      | 7.456.764.298         |
| Vargas Velandia Ltda.         | 500.000.000           |
| <b>Total</b>                  | <b>38.986.535.867</b> |

Ver discriminación por años y por socio en el anexo No. 3 de este informe.

Cabe aclarar que los aportes hechos por cada uno de los socios están contabilizados como préstamos de los mismos, es decir, en las cuentas del pasivo<sup>83</sup> (La subraya es ajena al texto).

Al responder la pregunta No. 1 ii) del cuestionario formulado por la parte Convocada en la audiencia de su posesión, la Perito informó que:

“R.: De acuerdo con las contabilidades citadas en la respuesta a la pregunta anterior, las siguientes fueron las operaciones de crédito realizadas:

- b) Con los Socios: Los siguientes fueron los préstamos efectuados por cada uno de los socios, desde el año 2005 y hasta diciembre de 2007, fecha del último balance puesto a disposición de la suscrita, y que se encuentran registrados en la contabilidad de la Constructora Alianza Suba - Mandato:

| SOCIO                         | VALOR PRESTAMO EN \$  |
|-------------------------------|-----------------------|
| Arquitectos e Ingenieros S.A. | 7.736.582.681         |
| CONCAF S.A.                   | 7.820.023.527         |
| Estyma S.A.                   | 7.736.582.681         |
| Incoequipos S.A.              | 7.736.582.681         |
| Ineconte                      | 7.456.764.298         |
| Vargas Velandia Ltda.         | 500.000.000           |
| <b>Total</b>                  | <b>38.986.535.867</b> |

<sup>82</sup> Cuaderno de Pruebas 2006 (3) folios 80, 109 y 112.

<sup>83</sup> Dictamen Pericial presentado por la perito Gloria Zady Correa Palacio. Respuesta a la pregunta No. 2. Cuestionario de la parte Convocante y convocada en reconvencción. Pág. 3 y 4.



TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO DE  
ESTYMA S.A., CONCAY S.A., ARQUITECTOS E INGENIEROS ASOCIADOS S.A., CONSTRUCTORA INECON-TE LTDA e  
INCOEQUIPOS S.A. Vs. VARGAS VELANDIA LTDA (XIE S.A.)

Ver discriminación en anexo No. 3 de éste informe.

En la contabilidad de la Constructora Alianza Suba, aparecen registros de préstamos de los socios, pero que corresponden a operaciones directas con la Constructora Alianza Suba-Mandato; esto es, corresponden a reclasificaciones entre las contabilidades de la Constructora y del Mandato, no son créditos directos de los socios, como tampoco créditos nuevos que no estén contemplados en los ya enunciados<sup>84</sup>.

Igualmente la Perito señaló que ...*“a diciembre 31 de 2007, fecha del último balance (Constructora Alianza Suba-Mandato), que fue puesto a disposición de la suscrita, para la elaboración de éste informe, aparecen los siguientes saldos pendientes de pago, con los socios:”*

| SOCIO                         | VALOR SALDO PRESTAMOS A 31/12/2007<br>EN \$ |
|-------------------------------|---|
| Arquitectos e Ingenieros S.A. | 7.052.299.911                               |
| Concay S.A.                   | 7.135.740.757                               |
| Estyma S.A.                   | 7.052.299.911                               |
| Incoequipos S.A.              | 7.052.299.911                               |
| Ineconte                      | 6.772.594.590                               |
| Vargas Velandia Ltda.         | 500.000.000                                 |
| <b>Total</b>                  | <b>35.565.235.080</b>                       |

La Perito señaló en la respuesta a la pregunta No. 7 del cuestionario formulado por la parte Convocada, lo siguiente:

**“R.:** De acuerdo con la contabilidad de la Constructora Alianza Suba-Mandato, el valor de \$18.119.888.355, a septiembre 30 de 2007, corresponde a:

| CUENTA CONTABLE |   | VALOR EN \$           |
|-----------------|---|-----------------------|
| 219520          | Obligaciones financieras con socios o accionistas | 35.565.235.080        |
| 3610            | Patrimonio, pérdida del ejercicio                 | -17.445.346.725       |
|                 | <b>Total</b>                                      | <b>18.119.888.355</b> |

Luego la misma Perito Correa aclaró la respuesta a la pregunta No. 1 ii) de la siguiente manera:

“ii) Los montos presentados en la respuesta a la pregunta 1 ii), del dictamen, están registrados en la contabilidad del mandato.

(...)

<sup>84</sup> Dictamen Pericial presentado por la perito Gloria Zady Correa Palacio. Respuesta a la pregunta No. 1. Ii) Cuestionario de la parte Convocada. Pág. 10-12.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO DE  
ESTYMA S.A., CONCA Y S.A., ARQUITECTOS E INGENIEROS ASOCIADOS S.A., CONSTRUCTORA INECON-TE LTDA e  
INCOEQUIPOS S.A. Vs. VARGAS VELANDIA LTDA (XIE S.A.)

---

La respuesta presentada en el dictamen, fue hecha con base en la contabilidad del mandato, que fue donde se presentaron los registros contable (sic) de los préstamos realizados por cada uno de los socios...<sup>85</sup>

Por lo tanto, la Perito determinó que el saldo de los préstamos efectuados por las Sociedades A.I.A. S.A., CONCA Y S.A., INCOEQUIPOS S.A., CONSTRUCTORA INECON-TE S.A., ESTYMA S.A. y VARGAS VELANDIA a la Constructora Suba S.A. fueron por la suma de **\$35.565.235.080**.

Por su parte, la Perito Magdalena Barón Ferreira, determinó que las Sociedades ESTYMA S.A., INCOEQUIPOS S.A., CONCA Y S.A., INECON-TE LTDA. y AIA S.A., realizaron préstamos a Constructora Suba S.A. por valor total de **\$34.994.924.813**<sup>86</sup>.

El Decreto 2649 de 1993, por el cual se reglamenta la Contabilidad en General y se expiden los principios o normas de contabilidad generalmente aceptados en Colombia, define el pasivo, las obligaciones financieras y las cuentas y documentos por pagar de la siguiente manera:

**“ARTICULO 36. PASIVO.** Un pasivo es la representación financiera de una obligación presente del ente económico, derivada de eventos pasados, en virtud de la cual se reconoce que en el futuro se deberá transferir recursos o proveer servicios a otros entes.

**ARTICULO 74. OBLIGACIONES FINANCIERAS.** Las obligaciones financieras corresponden a las cantidades de efectivo recibidas a título de mutuo y se deben registrar por el monto de su principal. Los intereses y otros gastos financieros que no incrementen el principal se deben registrar por separado.

**ARTICULO 75. CUENTAS Y DOCUMENTOS POR PAGAR.** Las cuentas y documentos por pagar representan las obligaciones a cargo del ente económico originadas en bienes o en servicios recibidos. Se deben registrar por separado las obligaciones de importancia, tales como las que existan a favor de proveedores, vinculados económicos, directores, propietarios del ente y otros acreedores”.

Teniendo en cuenta que los préstamos fueron otorgados por las Sociedades Accionistas a favor de la Sociedad Constructora Suba S.A., de conformidad con lo cual ellos fueron contabilizados como obligaciones financieras de la Sociedad para con los accionistas en las cuentas del pasivo, tales obligaciones son de la Sociedad Constructora Suba S.A. y deben ser satisfechas por ésta a favor de cada uno de ellos.

---

<sup>85</sup> Aclaraciones y complementaciones a la pregunta No. 1 ii) del cuestionario presentado por la parte convocada, Pág. 27 y 28.

<sup>86</sup> Ver cuadro Dictamen pericial presentado por la perito Magdalena Barón Ferreira. Respuesta pregunta numeral 5º auto de pruebas 1. Pág. 7.

Según consta en el Acta No. 009 de la Asamblea General de Accionistas de la Constructora Suba S.A. celebrada el día 14 de junio de 2006, en la medida en que existen tales obligaciones a cargo de la Constructora, se autorizó pagar los intereses a cada uno de los accionistas por el dinero entregado a título de crédito.

Las pruebas a que se ha hecho referencia respecto de los préstamos que concedieron las seis sociedades a Constructora Suba S.A., obligan a llegar a algunas conclusiones, la principal de las cuales que pareciera obvia, es que efectivamente la entrega de dineros a que se refieren los dictámenes periciales, se hicieron a título de préstamo, lo cual excluye la posibilidad de que se haya hecho a título de pago. En otros términos, la seis sociedades, al menos en lo que concierne a las cifras mencionadas anteriormente, no extinguieron obligaciones propias a su cargo con Constructora Suba S.A. –sin importar el origen de las mismas– sino que concedieron un crédito a la Constructora que generó a favor de cada una de ellas un derecho de crédito y la correlativa obligación para la deudora de restituir el dinero recibido a cada una de ellas.

### **3. La Cuarta Modificación al Contrato de Fiducia Mercantil para Administración y Fuente de Pago de Fecha 30 de Enero de 2006<sup>87</sup>.**

Dentro del esquema de financiación que adoptaron las partes está la titularización que se llevó a cabo con el fin de pagar el crédito sindicado entre otras cosas. Dentro de los actos que se realizaron para adelantar la titularización, se cuenta con la cuarta reforma al contrato de fiducia mercantil en razón al prospecto de titularización que para tal propósito se elaboró.

Debe advertirse que la fecha de la cuarta modificación mencionada es 30 de Enero de 2006, es decir posterior al Acuerdo del 12 de junio de 2003, a la conformación de Consorcio Alianza Suba el 9 de Junio de 2003, al Contrato de Concesión del 19 de agosto de 2003, al Contrato de Constitución de la Constructora Suba S.A. del 7 de enero de 2004, al Contrato de Mandato del 8 de Enero de 2004, a las ofertas para la construcción y por supuesto al Contrato de Fiducia por virtud del cual se dio origen al Fideicomiso Alianza Suba II. Esta circunstancia es relevante para efecto de la interpretación de las manifestaciones de voluntad contenidas en los diferentes actos jurídicos mencionados, por cuanto, habiendo podido modificar el uso o destino de los recursos que llegaren a la subcuenta de excedentes, por ejemplo para destinarlos al pago de sobrecostos u otras obligaciones de la Constructora Suba para la efectividad del Pacto de Solidaridad, no lo hicieron.

En el literal L de los considerandos de la modificación mencionada, se señaló lo siguiente:

<sup>87</sup> Cuaderno de Pruebas año 2006 (3) Folio 190-238.

*“Que para poder estructurar la titularización, es necesario efectuar una reforma integral a Contrato de Fiducia, la cual se instrumenta el presente contrato”.*

En tal sentido el objeto de contrato de fiducia fue modificado de la siguiente manera:

- “
- a) Servir como instrumento para la recepción de todos los pagos que deban hacer el IDU y Transmilenio de conformidad con lo previsto en el contrato de Concesión, los cuales constituyen el activo subyacente de la emisión, salvo por aquellos pagos provenientes de la subcuenta de obras complementarias;
  - b) Ser Emisor de la Emisión.
  - c) Servir como instrumento de respaldo y fuente de pago para los pagos de capital e intereses de la Emisión;
  - d) Realizar el pago de la deuda financiera del patrimonio autónomo con los recursos de la emisión.
  - e) Realizar los pagos necesarios para llevar a cabo el proyecto en la etapa de construcción y en la etapa de mantenimiento, incluyendo los pagos que se deban realizar conforme a lo previsto en los contratos construcción y en el contrato de mantenimiento; y
  - f) Realizar los demás pagos que se indiquen en le presente contrato”.

El contrato define las subcuentas como aquellas *“por medio de las cuales se deben manejar los recursos del Patrimonio Autónomo y que se listan en la sección 3.02”*.

La sección 3.02 denominada subcuentas del Patrimonio Autónomo se establece lo siguiente:

*“La Fiduciaria como vocera del Patrimonio Autónomo abrirá y mantendrá las cuentas y subcuentas que a continuación se especifican, por medio de las cuales la Fiduciaria debe mantener y administrar los fondos que reciba como deudor y titular de los bienes fideicomitidos:*

- (a) Subcuentas del Contrato de Concesión
  - (1) La Subcuenta principal
  - (2) La Subcuenta de Interventoría
  - (3) La Subcuenta de pagos
  - (4) La Subcuenta de Obras Complementarias.
- (b) Las Subcuentas y Fondos de Manejo de Recursos
  - (1) El fondo de Servicio de deuda que tendrá, además, la reserva servicio de deuda;
  - (2) La Subcuenta de construcción y mantenimiento conformada por el fondo de reserva para gastos de operación y mantenimiento y el fondo de recursos contratos adicionales; y

(3) La Subcuenta de Excedentes que tendrá, además el Colateral Transitorio<sup>88</sup>.

En la misma modificación las partes acordaron la manera en que se utilizarían y serían transferidos los recursos de la subcuenta de excedentes, en la sección 5.03 del mismo documento, así:

“(b) **Utilización de los recursos en la subcuenta de excedentes.** Sin perjuicio de lo previsto en la sección 11.04<sup>89</sup> (ii) del presente contrato de fiducia, los fondos disponibles en la subcuenta de excedentes serán transferidos conforme a las siguientes reglas:

(1) **Traslados al Grupo Alianza Suba**<sup>90</sup>. (i) primero a pagar los intereses del préstamo subordinado causados hasta la fecha de la colocación de la emisión; y (ii) después, a órdenes de los miembros del Grupo Alianza Suba, previo registro de la firma del funcionario autorizado del Grupo Alianza Suba<sup>91</sup>, en las proporciones señaladas en el anexo V, siempre que el funcionario responsable del Grupo Alianza Suba autorice la puesta a disposición de dichos recursos a los miembros del Grupos (sic) Alianza Suba. Queda expresamente entendido que después de realizar los traslados de los fondos que estén disponibles en la Subcuenta de Excedentes de la manera prevista en la presente Sección, la Fiduciaria no tendrá responsabilidad alguna por la destinación o uso que se le dé a tales fondos por parte de los miembros del Grupo Alianza Suba...”

(...)

(e) **Beneficiarios exclusivos de la Subcuenta de Excedentes.** Los miembros del grupo Alianza Suba serán los beneficiarios exclusivos de la Subcuenta de Excedentes la cual se destinará a los fines que expresamente se establecen en la presente sección.”

El artículo VII regula la emisión de títulos, asamblea de tenedores y representante legal de tenedores, de acuerdo al prospecto de colocación elaborado por la Fiduciaria como vocera del Patrimonio Autónomo Alianza Suba Tramo II.

El préstamo subordinado fue definido en el contrato de fiducia como: “*el préstamo otorgado colectivamente por Conca y, AIA, Inecon-te, Estyma,*

<sup>88</sup> Contrato de Fiducia: Definiciones: Significa la reserva de recursos que se constituirá en la Subcuenta de Excedentes con los recursos de la emisión (siempre que se coloque el monto total de la emisión o cualquier monto superior al monto mínimo en los términos de la sección 7.02 del presente contrato), que estarán destinados al pago de la Emisión, en el evento en que la subcuenta de servicio de deuda no tenga los recursos suficientes para atender los mencionados pagos y se haya agotado la reserva servicios de deuda. Este Colateral estará vigente hasta que se verifiquen los eventos que liberan los recursos del mismo en los términos señalados en le presente contrato de fiducia.

<sup>89</sup> “SECCION 11.04. Toma de Posesión del Proyecto. En el evento en que los Tenedores ejerzan el derecho concedido a los prestamistas en la cláusula 31 del Contrato de Concesión, el presente contrato de fiducia se mantendrá en plena vigencia salvo por (i) Los Tenedores sustituirán a los Fideicomitentes y al Grupo Alianza Suba en todos sus derechos bajo el presente contrato de fiducia para lo cual los Fideicomitentes y el Grupo Alianza Suba cederán su posición contractual en el presente contrato a quien le indiquen los tenedores...”

<sup>90</sup> Contrato de Fiducia: Definiciones: Significa la asociación contractual conformada por Styma, Conca y, AIA, Inecon-te, Vargas Velandia e Incoequipos.

<sup>91</sup> Contrato de Fiducia Definiciones: “Funcionario autorizado del Grupo Alianza Suba”: Será el funcionario que nombre el Grupo Alianza Suba como su vocero y representante ante la Fiduciaria.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO DE  
ESTYMA S.A., CONCA Y S.A., ARQUITECTOS E INGENIEROS ASOCIADOS S.A., CONSTRUCTORA INECON-TE LTDA e  
INCOEQUIPOS S.A. Vs. VARGAS VELANDIA LTDA (XIE S.A.)

*Incoequipos y Vargas Velandia al Patrimonio Autónomo, para el desarrollo del proyecto, cuyo pago está condicionado al pago total del crédito con las entidades financieras oferentes. Los intereses del préstamo subordinado se causarán única y exclusivamente hasta la fecha de colocación de la Emisión y se pagarán con cargo a los recursos disponibles en la Subcuenta de Excedentes”.*

A su vez, el Prospecto de colocación titularización fideicomiso a patrimonio autónomo Alianza Suba Tramo II, definió el préstamo subordinado como: “el préstamo otorgado colectivamente por Conca y, AIA, Inecon-te, Estyma, Incoequipos y Vargas Velandia al Patrimonio Autónomo, para el desarrollo del proyecto por tres mil millones de pesos (\$3.000.000.000). La fuente de pago del préstamo subordinado son los recursos ingresados a la subcuenta principal Patrimonio Autónomo, de acuerdo con la prelación de pagos establecida en ella, condicionado al pago total del Crédito Sindicado”.

El anexo V del contrato de fiducia señala que cada uno de los miembros del Grupo Alianza Suba tiene derecho a una sexta 1/6 parte de la subcuenta de excedentes:

**“1. Contribuciones de Capital y Distribución de la Subcuenta de Excedentes de Flujo de Caja.**

(a) Contribuciones de Capital. Cada uno de los Fideicomitentes, Estyma, Conca y, AIA e Inecon-te, actuando por su propia cuenta; y cada uno de Vargas Velandia, e Incoequipos actuando por cuenta de los Fideicomitentes, será responsable de realizar a órdenes de la Subcuenta de Aportes de Capital del Patrimonio Autónomo, las Contribuciones de Capital que se indican en el artículo Segundo del presente Anexo del Contrato de Fiducia, en las proporciones que se indican a continuación:

| PARTE           | PROPORCIÓN            |
|-----------------|-----------------------|
| Estyma          | Una sexta (1/6) parte |
| Conca y         | Una sexta (1/6) parte |
| AIA             | Una sexta (1/6) parte |
| Inecon-te       | Una sexta (1/6) parte |
| Vargas Velandia | Una sexta (1/6) parte |
| Incoequipos     | Una sexta (1/6) parte |

(b) Distribución de Flujo de Caja Libre. Cada uno de Estyma, Conca y, AIA, Inecon-te, Vargas Velandia e Incoequipos en sus respectivas calidades de miembros del Grupo Alianza Suba y beneficiarios de la Subcuenta de Excedentes de Flujo de Caja, tendrán el derecho a participar de los recursos disponibles en la Subcuenta de Excedentes de Flujo de Caja del Patrimonio Autónomo (“Flujo de Caja libre”) en las proporciones que se indican a continuación:

| PARTE   | PROPORCIÓN            |
|---------|-----------------------|
| Estyma  | Una sexta (1/6) parte |
| Conca y | Una sexta (1/6) parte |

TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO DE  
ESTYMA S.A., CONCA Y S.A., ARQUITECTOS E INGENIEROS ASOCIADOS S.A., CONSTRUCTORA INECON-TE LTDA e  
INCOEQUIPOS S.A. Vs. VARGAS VELANDIA LTDA (XIE S.A.)

---

|                 |                        |
|-----------------|------------------------|
| AIA             | Una sexta (1/6) parte  |
| Ineconte        | Una sexta (1/6) parte  |
| Vargas Velandia | Una sexta (1/6) parte  |
| Incoequipos     | Una sexta (1/6) parte" |

---

De conformidad con lo anterior, así lo señaló la Fiduciaria Bancolombia en la comunicación de fecha 6 de junio de 2006 enviada a Oscar David Vargas representante legal de Vargas Velandia Ltda.:

"4. El valor de los recursos disponibles en la subcuenta de excedentes a corte 30 de abril de 2006, asciende a la suma total de doscientos treinta y cuatro mil cuatrocientos seis pesos con cuarenta y cuatro centavos (\$234.406.44), los cuales corresponden a los miembros del Grupo Alianza Suba en las proporciones señaladas en el Anexo 5 del contrato fiduciario, es decir, una sexta (1/6) para cada uno de los miembros del Grupo<sup>92</sup>". (La subraya es ajena al texto).

Además de las pruebas documentales a las que se ha hecho referencia anteriormente, varios testigos declararon sobre el mismo tema en el transcurso del proceso, entre ellos el señor LUIS FERNANDO YORI SOLER, Gerente de la Sociedad Constructora Suba y Director del Proyecto Transmilenio Fase II Suba Tramo II, quien manifestó en la diligencia celebrada el día 13 de mayo de 2008, cuál era el manejo de las Subcuentas en el Fideicomiso y el procedimiento para la entrega de los Excedentes a los miembros del Grupo Alianza Suba, en especial la destinación de la Subcuenta de Excedentes, en los siguientes términos:

"DR. GALLO: En ese fideicomiso cómo funcionan las cuentas o cómo son o cómo se distribuyen platas o por qué habría que entregarle a Vargas Velandia una plata.

SR. YORI: En el contrato de fideicomiso los pagos que hace la entidad como lo mencionaba hace un rato de las cuotas parte que están definidas en el contrato, entran a una subcuenta, a cuenta de pagos y de ahí fluyen a la cuenta principal, de ahí se cancelan los pagos que tenga pendiente la construcción y existen una cascada de pagos que obliga a fondear varias subcuentas de acuerdo a los requerimientos, primero están los deudores, los tenedores de títulos, el fondo de operación y mantenimiento y cuando queda ese dinero pasa a la subcuenta de excedentes, así funciona.

DR. VANEGAS: Perdón doctor Gallo. Usted mencionó tenedores de títulos?

SR. YORI: Sí, la concesión mayo/06, no tengo la fecha muy clara, se titularizó, es decir, el modelo financiero tiene un flujo de caja a futuro durante el periodo de la concesión en los cuales estaban claramente los ingresos y los egresos, esos ingresos se titularizaron se vendieron, se sacaron a bolsa, se titularizaron, inclusive creo que la mayoría de los Transmilenios lo hicieron, qué pasó, ingresó un dinero para cancelar los préstamos con los bancos y simplemente la deuda quedó en cabeza de los tenedores de títulos que en la medida en que van entrando los dineros hay un

---

<sup>92</sup> Folio 234 Cuaderno de Pruebas año 2006 (2)

flujo de caja en el modelo financiero que estructura cómo son los pagos de capital e intereses a los tenedores de títulos.

DR. GALLO: Estábamos hablando de la cuenta de excedentes del fideicomiso, cómo o qué es esa cuenta de excedentes a la que llega finalmente después de depurada esas platas, en qué consiste, cómo es, quiénes son los beneficiarios de esa cuenta?

SR. YORI: Los beneficiarios de esa cuenta son los seis beneficiarios del contrato de fiducia y la cuenta de excedentes la filosofía es que al final de todo el ejercicio sobre una plata y se la reparta, es tan claro como eso, una vez terminé todos mis compromisos hay unos excedentes y tenga su plata.

SR. YORI: El fideicomiso recibe el dinero, traslada a las subcuentas que tienen algún vacío con respecto a los requisitos del prospecto, en donde tengo que tener los fondos suficientes para pagar tenedores de títulos, tengo que tener los fondos suficientes para lo que yo estime para operación y mantenimiento, tengo que tener los recursos que se sacan de la cuenta principal para el pago de interventoría y para los costos que tengo todavía en el contrato y lo que sobra pasa a la cuenta de excedentes.

DRA. MONTES: Cuándo sobra?

SR. YORI: En la cuenta de excedentes en la medida que se hagan estos fondeos hay dinero, sin embargo, el hecho de que exista dinero no significa que esa caja que hay en el momento sean las utilidades finales del negocio, es caja mas no utilidad, la utilidad final del negocio está al final del día cuando se termine el negocio y ya no tengo ningún compromiso por mis obligaciones contractuales y en esa caja quedaron unos recursos, en ese momento ya tengo mis utilidades, los excedentes en su momento son caja mas no utilidad, eventualmente si repartiera estaría pudiendo repartir no utilidades sino pérdidas, podría estar repartiendo anticipadamente lo que no me voy a ganar.

DRA. MONTES: Qué dinero hay ahí o qué se ha hecho con la plata de la cuenta de excedentes.

SR. YORI: Existe una subcuenta dentro de esa cuenta que corresponde a la sexta parte que en la medida que ha entrado está en la fiducia, es la sexta parte que corresponde a Vargas Velandia digamos que en espera de resolver esta controversia y las otra cinco sextas partes se van a cancelar la deuda de los cinco socios con Fiducate que fue el préstamo que consiguieron los socios.

SR. YORI: Dada la controversia esa sexta parte y como evidentemente está en controversia que es el objeto de este Tribunal, digamos que la fiducia y los otros beneficiarios no han por ningún motivo tomado esos dineros sino están en un cajón a la espera de que se defina la controversia actual, por eso están ahí, ha sido una medida sana con el fin de no apropiarse hasta que no haya una definición del tema.

SR. YORI: Se han pagado las obligaciones que respaldaron los cinco socios en sus préstamos a Bancafe porque dentro del negocio que se hizo ellos vendieron sus flujos futuros respaldados por estas platas, en la medida que las platas entren van a cancelar los créditos que consiguieron los cinco socios a Bancafe, que fueron créditos cada uno de \$5 mil millones de los cuales inicialmente aportaron cada uno



a la constructora \$3.500 y más o menos \$500 millones después calculo, no tengo la cifra exacta, no necesariamente provinieron de ahí, los aportaron.

DR. GALLO: Están pagando préstamos personales de los socios?

SR. YORI: Están cancelando las obligaciones que adquirieron los socios para suplir el déficit de la constructora.

DR. GALLO: Usted ha dado alguna instrucción específica a la fiduciaria con relación a esos dineros de excedentes, de entregar o no entregarle a Vargas Velandia unos dineros que estén en esa cuenta de excedentes?

SR. YORI: Recibí una solicitud por parte de Vargas Velandia para que les entregara esos recursos la cual respondí, tal como lo he dicho aquí, planteando que los recursos en primer lugar no hacen parte de la utilidad sino hasta que se termine el negocio y segundo el grupo y cada uno de sus integrantes me instruyen para la actuación ya que son dineros que no me pertenecen a mí y me instruyen para la actuación, entonces respondí negativamente siguiendo esas dos instrucciones.

DR. GALLO: Y si no hay una pérdida en la constructora uno puede decir que no hubo un sobre costo ni un mayor valor de obra?

SR. YORI: Sí lo hubo, está representado en el mandato, la constructora le debe a los que prestaron la plata, qué me neutraliza a mí es cuenta, los que me deben por no haber aportado el dinero para pagar eso, esa es la cuenta que refleja la contabilidad y la constructora refleja pérdidas que no son el total de los sobre costos, vuelvo y repito porque los sobre costos tienen dos componentes: un componente de lo que dejé de ganar en utilidad y un componente de la pérdida.

DRA. MONTES: Y el crédito obtenido para qué era?

SR. YORI: Para cancelar los pasivos pendientes de la construcción de la constructora con sus proveedores dentro de los cuales estaban los socios, sin embargo, no conozco el porcentaje porque no lo manejé, la respuesta a su pregunta doctor SÁCHICA es que sí, sí hubo parte de esos recursos que fueron para pagar a sus proveedores dentro de los cuales estaban los mismos socios.

DR. SÁCHICA: Nos puede informar la cuantía, de esta si se acuerda?

SR. YORI: No me acuerdo la cuantía pero sí hay deudas pendientes y con Vargas Velandia hay deuda pendiente.

DR. SÁCHICA: Más o menos cuánto es la deuda pendiente con Vargas Velandia?

SR. YORI: Del orden de mil y pico millones de pesos.

SR. YORI: Sí claro porque estoy ejecutando un contrato de mandato, si el contrato me costó más usted como mandante me debe dar más plata.

DR. SÁCHICA: En este momento quién tiene las pérdidas, la constructora en el contrato de mandato o el consorcio.

SR. YORI: El mandato, pero obviamente del mandato hace parte el consorcio, entonces el consorcio tiene pérdidas.

DR. SÁCHICA: Hasta cuándo usted considera que esos recursos del excedente son intocables?

SR. YORI: Hasta que se liquide el contrato.

DR. SÁCHICA: Entonces nos puede explicar un poco por qué cinco miembros, socios demandantes en este proceso han dispuesto de esos recursos a través del Banco Cafetero para respaldar un préstamo que usted dice que le entregaron a usted si el contrato no se ha liquidado, le pregunto ya se liquidó el contrato?

SR. YORI: En primer lugar no me lo entregaron a mí.

DR. SÁCHICA: A quién se lo entregaron?

SR. YORI: A Ricardo Costain en su momento o a la constructora. En segundo lugar ellos adquirieron una deuda a nombre de cada una de las empresas.

SR. SÁCHICA: Pero si usted ha dicho que esa plata no se puede tocar hasta la liquidación del contrato, por qué se han destinado para eso?

SR. YORI: Es parte de la operación financiera que se hizo para alimentar a la constructora con los dineros, que parte de estos préstamos entraron a la constructora, o sea, esos préstamos en un porcentaje, aproximadamente 70, 80% se tomaron para pagar costos de la construcción, entraron a la constructora independiente que con eso hayan pagado pasivos correspondientes a la construcción y a cada uno de los socios, entraron a la constructora, o sea que el préstamo en el porcentaje correspondiente entró a cubrir costos de la construcción.

SR. SÁCHICA: Y después esos recursos a dónde fueron?

SR. YORI: Parte a los acreedores que parte era a nosotros, que fueron quienes ejecutaron las obras en la repartición que en su momento hicieron.

DR. SÁCHICA: Usted ha mencionado al Tribunal que usted es el denominado funcionario responsable, nos puede contar esa expresión de dónde viene, a qué obedece?

SR. YORI: Del contrato de fiducia, es la persona que previa instrucción de los socios, hay dos funcionario, un funcionario responsable y un funcionario autorizado, yo soy el funcionario autorizado, el funcionario autorizado distribuye las platas de excedentes previa instrucción del funcionario responsable". (La subraya es ajena al texto).

El Tribunal valorará las pruebas privilegiando el contenido de los documentos que suscribieron las partes de manera libre y espontánea, sobre los testimonios que en algunos casos no pasan de ser opiniones sobre los documentos, en el caso del señor Yori Soler sobre este tema específico, según

se transcribió da su versión sobre algunos hechos, pero también interpreta el alcance de algunas cláusulas de los contratos, como cuando afirma que los recursos de los excedentes son intocables hasta que se liquide el contrato.

Concluida la revisión de las fuentes que sirvieron de financiación al Contrato durante la etapa de construcción, surgen los siguientes interrogantes, cuyas respuestas son fundamentales para decidir el fondo del proceso: En primer lugar, si a la luz del Acuerdo, del Contrato de Concesión, del Contrato de Fiducia Mercantil con sus cuatro Modificaciones, del Contrato de Sociedad que dio origen a Constructora Suba S.A., del Contrato de Mandato, de las Ofertas y del Pacto de Solidaridad, se puede concluir que VARGAS VELANDIA LTDA tenía o no la obligación que reclaman las convocantes en la demanda y, en segundo término, cuál fue el destino que pactaron para los dineros disponibles en la Subcuenta de Excedentes.

#### **4. La obligación de las partes frente a las actividades y créditos de la financiación.**

Además de las obligaciones generales que se mencionaron anteriormente con respecto a la financiación, las seis sociedades convinieron reglas particulares sobre varios aspectos relativos a las responsabilidades individuales de cada una de ellas, por ejemplo, en los créditos o frente a los potenciales prestamistas que intervinieran en la financiación del proyecto.

##### **4.1. El Acuerdo del 12 de junio de 2003**

Reitérase que la intención de las partes con la celebración de tal Acuerdo, fue la de establecer las reglas que se aplicarían a la unión de recursos y de esfuerzos de quienes los suscribieron, con el fin de participar en la Licitación Pública abierta por el IDU para adjudicar los Contratos de Concesión para ejecutar las obras de adecuación de los tramos 1 y 2 de la Avenida Suba a la Troncal de Transmilenio.

Dicho acuerdo se celebró de forma previa a otros documentos que celebraron las mismas partes para regular diversos aspectos de sus relaciones internas o de la forma de ejecutar las obligaciones frente al IDU.

Desde el propio objeto del Acuerdo, se identificó que el mismo comprendía las reglas sobre asignación de responsabilidades a cada una de las partes en la ejecución del Contrato y de las obras. Igualmente, dentro de las consideraciones del Acuerdo en el aparte (c), las partes manifestaron la intención de suscribirlo con el fin de regular sus relaciones en todo lo referente con la presentación de las propuestas en el curso de la Licitación, con la financiación y la ejecución de la obras y, en general, la ejecución de los contratos de concesión.

En el Acuerdo se fijaron diversas reglas que indican que la intención de las partes si bien era la de trabajar mancomunadamente para ser seleccionadas en las licitaciones en que participarían y para ejecutar el contrato o contratos

de concesión, también era la de fijar normas particulares para algunas actividades. Entre las estipulaciones contractuales del Acuerdo, relevantes para esta parte del Laudo, se encuentran las siguientes:

En la cláusula 4.2 las partes se obligaron a seguir las recomendaciones del asesor financiero en relación con el diseño de la estructuración de la financiación de las obras y en cuanto a la ejecución de los contratos de concesión.

“SECCIÓN 4. Obligaciones desde la Fecha de Iniciación hasta el Cierre Financiero. Desde la Fecha de Iniciación hasta la fecha en que se alcance el Cierre Financiero, las Partes se obligan a lo siguiente:

4.2 Estructuración de la Financiación. Las estructuras financiación de las Obras que le corresponde realizar a los Consorcios Alianza Suba serán diseñadas con el concurso de un asesor financiero contratado al efecto por las Partes. Salvo que medie una justificación plenamente comprobada, las Partes se obligan a seguir las recomendaciones del asesor financiero en relación con el diseño de la estructuración de la financiación de las Obras y la ejecución de los Contratos de Concesión. No obstante, sobre el tema queda expresamente acordado y entendido que:

(a) Los deudores frente a los potenciales prestamistas serán los respectivos Fideicomisos, y por lo tanto todos los desembolsos de préstamos que se hagan en curso de la financiación de las Obras y la ejecución de los Contratos de Concesión, serán realizados directamente al Fideicomiso que corresponda.

(b) Los fondos para pagar el capital y los intereses de los préstamos otorgados en curso de la financiación de las Obras, se tomarán única y exclusivamente de las sumas de dinero que correspondan a los pagos que se le hagan a los Fideicomisos en ejecución de los respectivos Contratos de Concesión.

(c) Las Partes no tendrán responsabilidad alguna, ni directa indirecta o subsidiariamente, ya sea a título de deudores, garantes o avalistas, por el pago del capital e intereses de la financiación que se conceda para realizar las Obras y la ejecución de los Contratos de Concesión.

(d) Cualquier pago que deban realizar directamente los Consorcios Alianza Suba antes de la fecha de Cierre Financiero, conforme a lo previsto en los respectivos Contratos de Concesión, serán asumidos directamente por las Partes en las proporciones que se indican en la Sección 7.1 de este Acuerdo. Para la consecución de estos fondos, cada una de la Partes podrá constituir sobre sus propios bienes los gravámenes y cauciones que considere conveniente y/o necesario. No obstante lo anterior, queda expresamente acordado y entendido que si una Parte no quisiere o no pudiese realizar, total o parcialmente el pago proporcional que le corresponde según lo previsto en esta Sección, todas o algunas de las demás Partes podrán asumir el pago de las sumas que faltaren, y en tal caso, las Partes que realizan dicho pago tendrán derecho a acrecer su participación según lo previsto en la Sección 7.1, en la parte proporcional que se determina por referencia a la parte del pago que asume cada una de las Partes que realizan los pagos faltantes”. (La subraya es ajena al texto).

De conformidad con lo anterior, no admite discusión que el Consorcio contratista sería el responsable frente al IDU y que según lo dispuesto en el artículo 7° de la Ley 80 de 1993, sus miembros serían solidariamente responsables frente a la mencionada entidad contratante.

Como atrás se señaló, el Acuerdo del 12 de junio de 2008, es el marco contractual en el que las Sociedades que lo suscribieron expresaron una unidad de propósito o una misma finalidad consistente en participar en la Licitación como oferentes plurales y de ser ella adjudicada para los dos tramos, en la celebración y posterior ejecución de los respectivos contratos de concesión. Empero, como atrás se señaló, una vez cumplida parcialmente la condición resolutoria, pues no fue adjudicado sino un solo tramo para su adecuación a uno de los Consorcios el cual fue el único que adquirió la condición de concesionario, fue necesario adoptar nuevas reglas para garantizar la participación de todas las sociedades del Grupo Alianza Suba en la ejecución del proyecto, las cuales surgieron por voluntad propia o por exigencia de la Fiduciaria como vocera del Patrimonio Autónomo o por los Bancos prestamistas, de las cuales surgieron reglas específicas, que son autónomas, aunque interdependientes, por lo que su aplicación no puede dejarse de lado ni aún con el criterio de interpretar los contratos o actos jurídicos como una sola unidad. Téngase en cuenta que las estipulaciones de los contratos válidamente celebrados son aplicables sobre las normas supletivas de la ley, la costumbre mercantil y tan solo las superan en cuanto a jerarquía de aplicación las normas imperativas de la Ley, según dispone el título preliminar del Código de comercio<sup>93</sup>.

Las estipulaciones a que hacemos referencia son, por ejemplo, la previsión contractual de la letra a del numeral 4.2., ya transcrito, que no es otra cosa que el acuerdo según el cual los miembros del Consorcio, VARGAS VELANDIA LTDA. e INCOEQUIPOS S.A. no serían deudores frente a los potenciales prestamistas y que tan solo lo serían los fideicomisos.

En la letra c, las partes expresaron tajantemente que ellos no serían deudores, garantes o avalistas por el pago de la financiación que se concediera para realizar las obras y la ejecución de los contratos.

Entonces, como atrás ya también se señaló, estas expresiones de voluntad tienen una importancia superlativa, pues sin contrariar el Acuerdo y más bien con sujeción a su letra y espíritu, en los demás contratos y actos jurídicos otorgados, cuyas características ya fueron estudiadas y de las cuales se concluyó que son autónomos aunque interdependientes, las partes fijaron límites a su responsabilidad y dictaron reglas que impiden interpretar tales manifestaciones de voluntad sin otorgarles valor alguno. No sería acertado negarles eficacia a los actos jurídicos válidamente celebrados, o a parte de ellos, únicamente con el fundamento que ellos tenían un propósito único, pues esta circunstancia puede servir como criterio orientador para la interpretación

<sup>93</sup> Artículos 1 a 9 del Código de Comercio.

de los contratos que se celebraron bajo un solo diseño, pero las reglas contractuales que las partes dictaron en ejercicio de su autonomía son obligatorias y de obligatorio cumplimiento para ellas, sin que exista la posibilidad de que se les pueda restar validez sobre la base de que las mismas se expresaron en diversos actos, aunque con unidad de propósito.

Las normas de interpretación de los contratos contenidas en título XIII del libro IV del Código Civil son verdaderas normas de obligatoria aplicación que permiten descubrir la intención de las partes<sup>94</sup>.

Respecto de la participación sobre los flujos de caja libre distribuibles, desde el Acuerdo quedó establecido que todas las sociedades tendrían derecho a la misma en los siguientes términos:

**“SECCIÓN 7: PARTICIPACIÓN EN LOS GASTOS Y EN LOS FLUJOS DE CAJA LIBRES DISTRIBUIBLES:**

**Sección 7.1: Participación:** la participación está condicionada al cumplimiento de todos los pagos que se daban hacer contra el fideicomiso conforme a lo previsto en los contratos de concesión y documentos de financiación. También esta condicionado al cabal cumplimiento de las obligaciones de cada una de las partes”.

Por su parte, en la Sección 5ª del Acuerdo, se definieron las obligaciones de las partes para las Etapas de Preconstrucción, Construcción y Mantenimiento, en los siguientes términos:

**“SECCIÓN 5. Obligaciones durante la Etapa de Preconstrucción, Etapa de Construcción y Etapa de Mantenimiento.** Durante la Etapa de Preconstrucción, la Etapa de Construcción y la Etapa de Mantenimiento, las Partes, a través del Consejo Directivo, se obligan a (i) distribuir mediante la adjudicación de subcontratos los trabajos de las Obras entre las Partes (cuyos precios no podrán ser mayores a los precios asignados a las Obras según tales valores se detallan en el modelo financiero preparado por el asesor financiero para la estructuración de la financiación que se adjunta como Anexo 4. en adelante el “Modelo Financiero”), de tal manera que a cada una de las Partes le corresponda realizar un sexto (‘/ó) de todos los trabajos susceptibles de ser subcontratados que conforman las Obras, y (ii) distribuir los beneficios económicos obtenidos por los Consorcios Alianza Suba por la ejecución de los subcontratos para la realización de las Obras de manera proporcional entre las Partes siguiendo los lineamientos de la Sección 7.1. No obstante lo anterior, el Consejo Directivo, mediante el voto unánime de sus miembros, podrá subcontratar con terceros los trabajos que componen las Obras, en cuyo caso los precios de tales subcontratos no podrá ser mayores a los precios asignados a las Obras según tales valores se detallan en el Modelo Financiero. En caso de subcontratación de la Obras con terceros, los respectivos subcontratistas deberán ser seleccionados mediante procesos concurrenciales teniendo en cuenta factores de precio y calidad técnica de sus propuestas”.

<sup>94</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 16 de diciembre de 1968.

Sobre la participación de una sexta parte para cada una de las sociedades en la ejecución de las actividades contractuales, por las razones que fuera, ello no sucedió así. En realidad, la participación que tuvo cada sociedad en la etapa de construcción no fue equivalente.

Por su parte, en cuanto se refiere a las decisiones sobre la responsabilidad directa de cada una de las partes como deudor, garante o avalista se estipuló lo siguiente:

“6.4. Decisiones. Salvo por las decisiones que se listan a continuación, para las demás, el Consejo Directivo decidirá mediante voto de un número plural de representantes de las Partes que representa la mayoría simple de las Partes que estén representados en la respectiva reunión. Las decisiones así tomadas obligaran a las partes ausentes y disidentes. No obstante, las siguientes decisiones requieren de mayorías especiales:

Cualquier decisión para que las partes comprometan su responsabilidad directa a título de deudor, garante o avalista, frente a los prestamistas que concedan la financiación de las obras, solo obligará a las partes que así lo aprueben...”

Finalmente, es importante resaltar que en la cláusula 8.1 del Acuerdo las partes acordaron solidaridad frente al IDU en lo relacionado con la ejecución de los Contratos de Concesión. Pero frente a terceros no se pactó tal solidaridad en caso de condenas por reclamos iniciados por aquellos, sino que se estableció el reembolso a la parte que efectivamente pagara tales condenas, con el límite máximo que se estableció como el valor presente neto de los flujos de caja que se esperaba que fueran distribuidos a la parte obligada al reembolso, en relación con la ejecución de los contratos de concesión. Esto último se estableció en el numeral 8.2 del mismo acuerdo.

El alcance del Acuerdo celebrado el 12 de junio de 2003, es el de expresar la voluntad de quienes lo suscribieron para adelantar una serie de actos jurídicos tendientes a un propósito único que ya se expresó, pero que contiene manifestaciones que están llamadas a cumplir plenos efectos como la que hace necesaria la vinculación directa de cada una de las sociedades que participaron en tal Acuerdo, para que se entiendan vinculadas como deudoras, garantes o avalistas de los préstamos.

En conclusión, para el propósito de financiar la ejecución de las obras del Contrato de Concesión, de tomar créditos para esa finalidad en calidad de deudor, garante o avalista, cada uno de quienes suscribieron el documento debía expresar individualmente su voluntad de adquirir tal compromiso. Esta interpretación guarda armonía con la estipulación según la cual los únicos deudores de la financiación serían los fideicomisos.

Por virtud del Acuerdo se puede entender, como ya lo indicó el Tribunal atrás, que las seis sociedades debían participar por sextas partes en todas las cargas u obligaciones que se derivaran de la ejecución del Contrato de Concesión No. 146-2003, pero en el caso de la financiación se estableció una regla distinta,

excepcional, mediante la cual las partes en el mismo Acuerdo establecieron una norma especial que restringe la responsabilidad únicamente para quienes manifiesten su voluntad expresa en el sentido de adquirirla, lo cual significa, a contrario sensu, que no existe, en tratándose de quien no manifiesta su voluntad de obligarse.

Como atrás se señaló, no existe en este proceso, prueba alguna de que VARGAS VELANDIA LTDA haya manifestado su voluntad de participar como deudor, garante o avalista en los préstamos que concedieron las cinco sociedades convocantes a la Constructora Suba S.A., con el fin de cubrir el valor de las obras, razón por la cual no asumió y por lo mismo no tiene obligación alguna por este concepto.

Lo anterior no obsta para que los integrantes del Grupo Alianza Suba concurren, por partes iguales, a sufragar los sobrecostos que se hayan dado o se puedan dar en el cumplimiento del alcance del Contrato de Concesión 146 de 2003, en los términos ya indicados en este Laudo.

#### **4.2. El Contrato de Mandato**

En el Contrato de Mandato celebrado el 8 de enero de 2004, entre el Consorcio Alianza Suba Tramo II, Incoequipos y Vargas Velandia en calidad de MANDANTES y la Constructora Suba S.A. en calidad de MANDATARIO -el cual hace parte del esquema de estructuración financiera que se adoptó, según el cual los riesgos de la construcción deberían ser aislados del negocio financiero radicado en el Patrimonio Alianza Suba Tramo II-, las partes hicieron varias manifestaciones de voluntad de las cuales se derivan reglas particulares conducentes a restringir la responsabilidad de los mandantes.

De conformidad con el objeto en él previsto, la Constructora Suba S.A., en su condición de mandataria se obligó a presentar al CONSORCIO ALIANZA SUBA TRAMO II por cuenta de las Sociedades Mandantes, pero a nombre propio y bajo su cuenta y riesgo, una oferta mercantil bajo la modalidad a precio y plazo fijo, para la prestación de servicios de construcción comprendidos dentro de los términos que constituyen el objeto del Contrato de Concesión N° 146-2003 y si fuere expedida a la orden de compra correspondiente, llevar a cabo las actividades de construcción. Para tal efecto se obligó a administrar y dirigir bajo su responsabilidad administrativa y técnica el desarrollo de las obras de adecuación de desvíos, obras de construcción, obras para redes, otras demoliciones, y en general todos los trabajos y actividades que debían adelantarse durante la Etapa de Construcción, pudiendo subcontratar las labores necesarias para la ejecución del mismo. Así mismo, se determinó que por tratarse de un mandato sin representación, Constructora Suba sería ante terceros con los que contratara, el titular de los derechos y obligaciones que se derivaban de los contratos que con ellos celebrara. En todo caso, la Constructora no podía apartarse de las instrucciones de las mandantes al desarrollar el objeto del citado contrato de mandato.



TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO DE  
ESTYMA S.A., CONCA Y S.A., ARQUITECTOS E INGENIEROS ASOCIADOS S.A., CONSTRUCTORA INECON-TE LTDA e  
INCOEQUIPOS S.A. Vs. VARGAS VELANDIA LTDA (XIE S.A.)

Las partes celebraron un Otrosí No. 1 al Contrato de Mandato, el día 15 de enero de 2004, con el objeto de adicionar las cláusulas 3 y 4 relacionadas con las obligaciones de las partes e implementar un procedimiento para el reembolso de gastos. Dentro de las Obligaciones del mandatario se incluyó la siguiente:

“3. Cumplir con todas las obligaciones adquiridas por el CONSORCIO ALIANZA SUBA TRAMO II en Contrato de Concesión 146-2003 suscrito con el Instituto de Desarrollo Urbano, en lo relacionado con la ejecución de las actividades correspondientes a la etapa de Construcción de dicho contrato, debiendo asumir la responsabilidad contractual, extracontractual, civil, fiscal o de cualquier otros tipo derivada de dicha ejecución, ya sea por incumplimiento de las obligaciones a su cargo o por la ocurrencia de hechos imprevistos, de fuerza mayor o caso fortuito que dieran lugar al ejercicio de cualquier tipo de acción, reclamación o demanda”. (La subraya es ajena al texto).

Dentro de las obligaciones del Mandante:

“Dar la asistencia técnica requerida por el MANDATARIO para la ejecución de las obras previstas en el contrato de concesión 146-2003 y que se constituyen como el objeto de la. (sic)”

Para ilustrar la ejecución del contrato de mandato es oportuno transcribir parte del testimonio de LUIS FERNANDO YORI SOLER, Gerente de la sociedad Constructora Suba y Director del proyecto Transmilenio fase II Suba tramo 2, rendido en la audiencia celebrada el día 13 de mayo de 2008:

“DR. VANEGAS: Nos podría explicar en que consistía eso contratos según lo que usted conoció?

SR. YORI: El contrato de mandato es un contrato que hicieron seis entes que son los mandantes a un mandatario que es la constructora para ejecutar la construcción de las obras sujeto del contrato, es decir, usted hágame este trabajo, yo le ordeno que haga este trabajo, yo le doy los recursos y usted me hace el trabajo, usted me hace el mandado, ese es el contrato de mandato.

DR. VANEGAS: Quién entregaba los recursos según lo que usted esta contando?

SR. YORI: Los mandantes.

DR. VANEGAS: Cada uno de ellos?

SR. YORI: Sí señor.

DR. VANEGAS: Le entregaba a quién?

SR. YORI: A la constructora.

DR. VANEGAS: A la Constructora Suba?

SR. YORI: Sí señor.

DR. VANEGAS: Y cómo funcionaba de aquí en adelante el contrato de mandato, quién construía, quién cobraba?

SR. YORI: Construía la constructora y obviamente cobraba la constructora al patrimonio autónomo, ejecutaba la obra de acuerdo al contrato principal del IDU que tenía unos alcances claros y definidos en cuanto al alcance físico de construir las vías de Transmilenio, el espacio público, las estaciones de la ... tal o de la calle tal, a tal calle en la Avenida Suba.

DR. GALLO: Cómo operaba o para que operaba el mandato que existió con la constructora?

SR. YORI: De hecho el contrato mandato significaba: Le ordeno a usted que me ejecute este trabajo, es la que ordena la ejecución del trabajo y la que coloca los recursos para que se ejecute.

DR. GALLO: En ese orden de ideas el mandato era necesario para desarrollar la concesión, o no se requería para absolutamente nada o por qué lo armaron según lo que usted a (sic) oído?

SR. YORI: No necesariamente para ejecutar la construcción se podía haber creado el mandato, había podido ejecutarlo directamente el consorcio o contratarlo con la constructora o contratarlo con un tercero, no necesariamente para ejecutar la obra es necesario tener un contrato de mandato, cuando existe en muchos casos el concesionario es una empresa el mismo ejecuta y no hay un paso intermedio, entonces no es un requisito.

DR. GALLO: Dentro de la contabilidad de la constructora está contemplado, considerado, previsto algunas cuentas o contabilidad de ese mandato?

SR. YORI: Sí señor.

DR. GALLO: Y cómo está previsto, contenido dentro de la constructora esa contabilidad del mandato?

SR. YORI: En la contabilidad de la constructora figuran las cuentas del mandato, en el evento en que la plata que entrega el mandato no alcanza para cubrir los costos pues se le genera una cuenta por cobrar al mandato y si la constructora como en algunos casos sucedió, adquiere un crédito, tiene por un lado la cuenta por pagar al crédito y la cuenta por cobrar al mandato, porque el efecto de la constructora pues fundamentalmente, excepto algunos ingresos que están previstos como los honorarios, tiende a ser neutra, recibo la plata con la que construyo, hago el mandato, recibo la plata y pago, lo que no reciba o lo estoy debiendo o me lo consigo prestado por otra parte.

SR. YORI: Las cuentas de mandato están en una cuenta de orden del mandato, digamos una contabilidad no paralela porque no es el término, no es una contabilidad aparte que se refleja en la de la constructora, ahora los aportes que hizo cada uno de los socios que se reflejaban en el patrimonio autónomo, para con el patrimonio autónomo y los recursos tener los recursos para que la construcción se pudiera dar a través del mandato de la constructora.

El Código de Comercio define el mandato en el artículo 1262 como: “*un contrato por el cual una parte se obliga a celebrar o ejecutar uno o más actos de comercio por cuenta de otra.*”

Igualmente señala que “*El mandato puede conllevar o no la representación del mandante*”.

*“El mandato oculto o sin representación consiste en que el mandatario contrata a nombre propio y, en consecuencia, no obliga al mandante frente a terceros. O como lo ha dicho la Corte Suprema de Justicia, “el carácter del mandato no representativo estriba en que, anteriormente, entre mandante y mandatario existe por hipótesis un contrato de mandato civil o mercantil a gobernarse por sus propias reglas, mientras que en el plano exterior no se da esa percepción jurídica del mandato pues la representación - se repite - no existe ya que el mandatario obra en su propio nombre, no en el de su mandante”<sup>95</sup>.*”

Los efectos del mandato sin representación han sido determinados por la doctrina de la siguiente manera:

*“... en el mandato no representativo los efectos jurídicos del negocio realizado se radican en cabeza del mandatario, es él quien responde frente al tercero y quien se encuentra jurídicamente facultado para exigir el cumplimiento del negocio, permanece el mandante como un tercero ajeno a la negociación, no se traba ninguna relación jurídica entre mandante y el tercero con quien el mandatario realizó el negocio. Otra cosa distinta será la obligación que tiene el mandatario de transpasar al mandante los efectos económicos del negocio realizado, obligación surgida del contrato de mandato”<sup>96</sup>.*

En desarrollo del Mandato, la Constructora Suba presentó una oferta para la ejecución de las obras a precio y plazo fijo en nombre propio pero por cuenta del Consorcio Alianza Suba, INCOEQUIPOS Y VARGAS VELANDIA.

Es evidente que la Constructora celebró un mandato para la presentación de una oferta a precio y plazo y fijo y efectivamente se obligó ante sus mandantes y ante el Contratante a un precio fijo.

En el Contrato de Mandato no se reguló el tema de los sobre costos, por cuanto en él se pactó que la oferta sería a precio fijo, al tiempo que se señaló que el valor de la remuneración cubría la totalidad de los costos y gastos administrativos, impuestos, imprevistos y utilidades. Bajo los límites del contrato de mandato, la voluntad expresa de los mandantes fue la de delegar al mandatario, pero hasta el límite fijado en el precio fijo. La Constructora Suba entonces asumió para sí los riesgos económicos de la construcción, pues precisamente en eso consistía el propósito de separar el riesgo constructivo del

---

<sup>95</sup> CONSEJO DE ESTADO. Sección tercera. Sentencia de fecha 28 de agosto de 1997. Número de Rad. 10315. C.P. Ricardo Hoyos Duque.

<sup>96</sup> ARRUBIA PAUCAR Jaime Alberto. Contratos Mercantiles. 1989. Pág. 358.

riesgo financiero, según la solicitud hecha por los Bancos y según el esquema creado por todas las sociedades.

La modalidad de contrato a precio fijo, ha sido definida por la jurisprudencia de la siguiente manera:

“El contrato a precio fijo como lo señalaba el anterior Estatuto Contractual decreto ley 222 de 1983 (el nuevo no lo define) es aquel en el “( ) que el contratista, a cambio de las prestaciones a que se compromete, obtiene como remuneración una suma global fija, en la cual están incluidos sus honorarios, y es el único responsable de la vinculación del personal, de la elaboración de subcontratos y de la obtención de materiales, todo lo cual realiza a su propio nombre y por su cuenta y riesgo, sin que el dueño de la obra adquiera responsabilidad alguna por dichos actos ( )”. La doctrina advierte que si se acuerda suma fija como remuneración no puede modificarse dicho pacto “( ) salvo que llegaren a darse circunstancias que justifiquen la celebración de un nuevo acuerdo de voluntades o contrato adicional que modifique el precio pactado” y que en caso de acordarse ajustes de precios, ello no implica un cambio sino una simple actualización del precio”. (La subraya es ajena al texto)<sup>97</sup>.

Se pregunta entonces qué sucede en el evento en que la mandataria incurra en sobrecostos cuando quiera que había presentado en nombre de las mandantes una oferta a precio y plazo fijo, la cual así fue aceptada por el Consorcio Alianza Suba Tramo II y la Fiduciaria vocera del Patrimonio Autónomo Alianza Suba Tramo II? Quién debe responder por tales sobrecostos? La mandataria, las mandantes o todas solidariamente?

El artículo 1276 del mismo estatuto, establece que

“Cuando el mandato se confiera por varios mandantes y para un mismo negocio, serán solidariamente responsables para con el mandatario de las obligaciones respectivas”.

Es decir que las mandantes son solidariamente responsables para con el mandatario de las obligaciones a las que se comprometió, que para este caso era la presentación y ejecución de la oferta a precio y plazo fijo. Pero el alcance de esta solidaridad de fuente legal, se contrae al objeto para el cual fue conferido el mandato, es decir a la construcción de las obras pero dentro del marco del precio y plazo fijo y no más allá.

En el dictamen rendido por la Perito Gloria Zady Correa, se estableció que existen tres contabilidades manejadas por la Constructora Suba S.A., una de las cuales corresponde a la del Mandato:

“Existen tres contabilidades a saber: i) Contabilidad del Mandato, ii) Contabilidad del Consorcio Suba, iii) Contabilidad de la Constructora Suba S.A.

<sup>97</sup> CONSEJO DE ESTADO. Sección Primera. Sentencia Rad. 76001-23-31-000-2002-1164-02(AP) de fecha quince (15) de julio de dos mil cuatro (2004). Consejera ponente: MARIA ELENA GIRALDO GOMEZ.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO DE  
ESTYMA S.A., CONCA Y S.A., ARQUITECTOS E INGENIEROS ASOCIADOS S.A., CONSTRUCTORA INECON-TE LTDA e  
INCOEQUIPOS S.A. Vs. VARGAS VELANDIA LTDA (XIE S.A.)

Mandato: Esta integrado por los siguientes socios: Consorcio Alianza Suba con el 66.66%, Incoequipos S.A., con el 16.67% y Vargas Velandia Ltda., con el 16.67%.

En esta contabilidad se registran todos los costos y gastos en que se incurre para la ejecución de las obras de construcción; al final de cada año, cancelan dichas cuentas, enviándolas a cada uno de los socios de acuerdo a su participación, es decir, al consocio, a Incoequipos y a Vargas Velandia<sup>98</sup>.

De esta manera, la Constructora asumía todos los costos y gastos y posteriormente se los enviaba a sus mandantes para que le reembolsaran el dinero.

El artículo 1266 del Código de Comercio, establece los límites y actuaciones del mandatario, de la siguiente manera:

*“El mandatario no podrá exceder los límites de su encargo.*

*Los actos cumplidos más allá de dichos límites sólo obligarán al mandatario, salvo que el mandante los ratifique.*

*El mandatario podrá separarse de las instrucciones, cuando circunstancias desconocidas que no puedan serle comunicadas al mandante, permitan suponer razonablemente que éste habría dado la aprobación”.*

El mandatario no puede exceder los límites de su mandato, o de lo contrario se hará responsable por todos los actos que realice por fuera del mismo, sin que comprometa a los mandantes.

Dentro de la órbita del contrato de mandato, si la oferta fue presentada a precio y plazo fijo, según un modelo financiero ya aprobado y establecido por todos los socios, y la Constructora Suba S.A. incurrió en sobrecostos, desbordando los límites del mandato y el modelo financiero, el mandatario debe responder por ese exceso, salvo que los mandantes ratifiquen o aprueben dichos actos.

El artículo 1267 del Código de Comercio señala que

*“En los casos no previstos por el mandante, el mandatario deberá suspender la ejecución de su encargo, mientras consulta con aquél. Pero si la urgencia o estado del negocio no permite demora alguna, o si al mandatario se le hubiere facultado para obrar a su arbitrio, actuará según su prudencia y en armonía con las costumbres de los comerciantes diligentes”.*

En el presente proceso, no existe prueba en la cual conste que la Sociedad VARGAS VELANDIA LTDA, haya aprobado los sobrecostos en los que incurrió la Constructora Suba S.A. No obstante, los demás mandantes aparentemente han ratificado todas las actuaciones de la Constructora Suba S.A. sin contar

<sup>98</sup> Dictamen pericial presentado por la perito Gloria Zady Correa Palacio. Pág. 3.

con la aquiescencia de VARGAS VELANDIA, lo cual no tiene efecto vinculante para esta última. ✓

Resulta coherente con la interpretación del mandato que acaba de expresarse, el contenido del dictamen técnico presentado por el Perito José Fernando Botero Calderón, en el cual hace referencia al Mandato y expresa que desde un comienzo las partes fijaron unas reglas claras y precisas bajo las cuales debían regirse todas sus relaciones y acordaron que se sujetarían a un modelo financiero elaborado por expertos en la materia, así como ejecutarían la obra por sextas partes o contratarían con terceros, pero siempre respetando dichas reglas de juego, así:

“El Consorcio suscribe con Constructora Suba un Mandato para la ejecución de las obras del Proyecto; las ofertas mercantiles relacionadas con este mandato ascienden a la suma de \$177.126.267.896.

1. Constructora Suba subcontrata con terceros los diseños Fase III. Los diseños elaborados por los subcontratistas son revisados por dos expertos en los asuntos quienes no recomiendan en principio mayores modificaciones.

Sin embargo, en la medida que se desarrolla el Proyecto se autorizan cambios relevantes en la estructura de la vía, en el espesor de las losas de concreto, en los diseños de espacio público y en los materiales a utilizar, cambios estos que hasta la fecha de este informe vienen siendo asumidos por Constructora Suba. Estos cambios tienen un impacto importante en el presupuesto pero, al no ser objeto del cuestionario formulado, no me pronunciaré al respecto.

Otros cambios de diseño fueron ordenados por el IDU y asumidos por esa entidad Pública.

2. Constructora Suba podría Subcontratar las obras con socios de la Constructora y/o el Consorcio y/o terceros bajo la modalidad de precios unitarios. Para el efecto, el Consejo Directivo determinó:

*“Obligaciones durante la Etapa de Pre construcción. Etapa de Construcción y Etapa de Mantenimiento. Durante la Etapa de Preconstrucción, la Etapa de Construcción y la Etapa de Mantenimiento, las Partes, a través del Consejo Directivo, se obligan a: (i) distribuir mediante la adjudicación de subcontratos los trabajos de las Obras entre las Partes (cuyos precios no podrán ser mayores a los precios asignados a las Obras según tales valores se detallan en el modelo financiero preparado por el asesor financiero para la estructuración de la financiación que se adjunta como Anexo 4. en adelante el “Modelo Financiero”), de tal manera que a cada una de las Partes le corresponda realizar un sexto (1/6) de todos los trabajos susceptibles de ser subcontratados que conforman las Obras, y (ii) distribuir los beneficios económicos obtenidos por los Consorcios Alianza Suba por la ejecución de los subcontratos para la realización de las Obras de manera proporcional entre las Partes siguiendo los lineamientos de la Sección 7.1. No obstante lo anterior, el Consejo Directivo, mediante le voto unánime de sus miembros, podrá subcontratar con terceros los trabajos que componen Las Obras, en cuyo caso los precios de tales subcontratos no podrá ser mayores a los precios asignados a las Obras según tales valores se detallan en el Modelo Financiero. En caso de subcontratación de la Obras con terceros, los respectivos subcontratistas deberán ser seleccionados mediante procesos*

*concurrenciales teniendo en cuenta factores de precio y calidad técnica de sus propuestas."*

Resalto como el Consejo Directivo determinó:

- a. La obra se asignaría por sextas partes a cada socio.
- b. Los precios máximos de contratación serían los indicados en el Modelo Financiero elaborado por quien ellos contrataron para tal fin.
- c. Los beneficios obtenidos de la ejecución de los subcontratos se distribuirían proporcionalmente.
- d. Por decisión unánime, el Consejo Directivo podría subcontratar con terceros.

Lo que lleva a concluir al Perito que:

- e. Al asignar por sextas partes la subcontratación, se buscaba equidad en la distribución tanto de la facturación como del riesgo.
- f. Al fijar como precio máximo a pagar por obras el señalado en el Modelo Financiero elaborado por el experto contratado para tal fin, se buscaba transferir el RIESGO DE MAYOR PRECIO UNITARIO (o global para las partidas que así determinara el Consejo Directivo) al subcontratista fuera este socio o un tercero.
- g. Al permitir la subcontratación con terceros se establecía en concepto del suscrito, un sano mecanismo para ejecutar obras que por su complejidad y/o precio y/o riesgo y/u otra razón no fueran del interés de los socios.

Existía pues en concepto del Perito, claridad sobre la estrategia de Contratación y precios al inicio del Acuerdo Consorcial.

Como se observa en el Cuadro indicado, en poco mas de dos años que dura la etapa de construcción, se subcontrata inicialmente por precios unitarios con participación de terceros no socios, se pasa luego a Administración Delegada, se vuelve a Contratación por precios unitarios con los socios del proyecto y se culmina con Administración Delegada y ejecución directa de obras.

Cuando se cambia la modalidad de contratación durante la ejecución del proyecto, la contratante en este caso Constructora Suba, debió en concepto del Perito necesariamente modificar su estructura organizacional y/o su operación ajustándolo a las necesidades de cada caso; de no hacerlo, se presentarían fallas en el control y/o dirección de obra y/u operación que se traducirán en sobre costos bien sea por duplicación de funciones, por falta de control en cantidades de obra o materiales, por falta de control de subcontratación de equipos y/o personal o simplemente por pérdida de tiempo al momento de cambiar la modalidad de subcontratación.

(...)

Igualmente es preciso señalar que no es costumbre, no es común ni es recomendable en los proyectos de infraestructura cambiar la modalidad de contratación de la manera como se hizo en Constructora Suba; tres veces en dos años. Cuando estos cambios se requieren, obedecen generalmente a un juicioso proceso de planeación”.

En conclusión, por virtud del Contrato de Mandato y exclusivamente por éste, no existe la obligación para ninguna de las Sociedades - entre ellas la parte convocada - de participar en los mayores valores o en los sobrecostos de las obras en una sexta parte, por cuanto, como se puede observar en el Contrato mismo, la expresión de voluntad de todos los mandantes fue la de no comprometer su responsabilidad mas allá de los precios fijos que contendría la oferta que bajo esa modalidad presentaría Constructora Suba S.A. como mandataria al Consorcio y al Patrimonio Autónomo Alianza Suba Tramo II. Empero, como ya se ha señalado, lo anterior no obsta para que los integrantes del Grupo Alianza Suba deban concurrir, en los términos ya indicados en este Laudo, a sufragar, por partes iguales, los sobrecostos que se hayan dado o se puedan dar en el cumplimiento del alcance del Contrato de Concesión 146 de 2003.

#### **4.3 Las Ofertas mercantiles**

En desarrollo del Contrato de Mandato suscrito por las partes, Constructora Suba S.A. expidió las siguientes ofertas mercantiles con el fin de formular la propuesta de los servicios que prestaría a favor de de los mandantes de la siguiente manera:

**(i) Oferta mercantil de servicio de construcción para la prestación de servicios de construcción comprendidos dentro de las actividades que constituyen el objeto del contrato de concesión No. 146-2003 (13 enero de 2004)**

La oferta mercantil de servicio de construcción comprende la subcontratación por parte del consorcio, bajo la modalidad de precio y plazo fijo, de suministro de materiales, equipos, y ejecución de las obras de construcción y obras para redes comprendidas dentro del objeto del contrato de concesión.

En cuanto al suministro de equipos y materiales, establecen en la sección 3.2 (b) de la mencionada oferta mercantil, que el constructor por su cuenta y riesgo adquiriría todos lo equipos y materiales necesarios para la ejecución de dichas obras.

**“3.2 Suministro de Equipos y Materiales.** Si la presente Oferta es aceptada, el Constructor por su cuenta y riesgo adquirirá todos los equipos y materiales que sean necesarios para la cabal ejecución de las Obras (el ‘Suministro de Equipos y Materiales’). De manera particular se ofrece lo siguiente: (subrayado fuera de texto)



(b) El Oferente a su propia costa deberá suministrar y aportar todo el equipo de construcción y los materiales acordes con las especificaciones, planos y demás documentos y normas que regulen la ejecución de los Servicios, la mano de obra, así como todos los demás elementos de todo orden que se necesiten para la prestación de los Servicios, tanto temporales como permanentes.”

Por la ejecución de los servicios contenidos en la oferta, el oferente – Constructora Suba S.A.- recibirá como contraprestación una suma total y fija a título de remuneración, precisando que dicha suma cubriría la totalidad de los costos, gastos, administración, IVA, imprevistos y utilidades. Es así como lo establece la Sección novena en sus numerales 9.1 y 9.3:

**“SECCIÓN 9. La Remuneración**

9.1 Si la presente Oferta es aceptada, el suscrito Oferente tendrá derecho a recibir una suma total y fija, a título de remuneración, igual a CIENTO TREINTA Y UN MIL QUINIENTOS CINCUENTA Y CINCO MILLONES DE PESOS (\$131.555.000.000,00). El monto de la remuneración no podrá ser modificado, a menos que medie acuerdo previo y escrito entre el Oferente, el Consorcio, y la Fiduciaria (quién actuando como vocera del Patrimonio Autónomo deberá contar con autorización previa del Agente Administrativo! quién a su vez sólo podrá impartir dicha autorización si cuenta con el consentimiento de los Prestamistas Requeridos).

9.2 El Oferente estará obligado a declarar y cancelar el IVA correspondiente siendo entendido que dicho impuesto se liquidará sobre la utilidad que este declara recibir, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1° de la Ley 223 de 1995. Que para el caso del acuerdo que resulte de la aceptación de la presente Ofertase se estima en el TRES POR CIENTO (3%) de los costos directos presupuestados.

9.3 El valor de la Remuneración cubre la totalidad de los costos, gastos. Administración, IVA, imprevistos y utilidades del Oferente con ocasión de la prestación de los Servicios”.

Por otro lado, en la sección 10.6, la cual regula lo referente a la fuente y forma de pago de la remuneración, establece que con la mencionada oferta, de ser aceptada, en caso tal de que no llegare a haber los fondos suficiente en la subcuenta de construcción para el pago de la remuneración, sería el constructor el único responsable en cuanto al pago de los intereses de mora y cualquier reclamo que pudieran presentar los terceros subcontratistas por sus pagos.<sup>99</sup>

En cuanto Crédito del Constructor, las partes acordaron de manera expresa e irrevocable, que la constructora no tiene derecho de crédito alguno para exigir

<sup>99</sup> Sección 10.6 OFERTA MERCANTIL DE SERVICIO DE CONSTRUCCIÓN PARA LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE CONSTRUCCIÓN COMPRENDIDOS DENTRO DE LAS ACTIVIDADES QUE CONSTITUYEN EL OBJETO DEL CONTRATO DE CONCESIÓN No 146-2003 Con la formulación de la presente Oferta, el Constructor acepta y reconoce que si para un mes determinado no existen fondos disponibles en la Subcuenta de Construcción para hacer los pagos de la Remuneración, no correrán a cargo del Patrimonio Autónomo el reconocimiento de intereses corrientes ni moratorios por este concepto. En este evento, serán de responsabilidad exclusiva y excluyente del Constructor, los intereses de mora y demás reclamos que pudieran presentar terceros subcontratistas por la mora en el recibo de sus respectivos pagos.

el pago de cualquier saldo que permanezca insoluto del capital y/o intereses frente a los prestamistas, al agente administrativo, la fiduciaria y/o los miembros del grupo Alianza Suba. Así lo establece la sección 11.3 de la oferta en mención:

“11.3 El Constructor reconoce de manera expresa e irrevocable que no tiene derecho de crédito alguno (o cualquier otro derecho) para exigir el pago de cualquier saldo – que permanezca insoluto del capital y/o de los intereses del Crédito del Constructor frente a los Prestamistas, el Agente Administrativo, la Fiduciaria (actuando como vocera del Patrimonio Autónomo) y/o los miembros del Grupo Alianza Suba. Se reconoce de manera expresa que el único respaldo que tendrá el Constructor para el pago del Crédito del Constructor una vez aceptada la presente Oferta estará provisto por el remanente de los Bienes Fideicomitidos después de hacer todo los pagos que correspondan conforme a los Documentos de Crédito y antes de hacer traslados a la Subcuenta de Excedentes de Flujo de Caja.”

Igualmente establecieron las partes que la responsabilidad por sobrecostos la asumiría directa o indirectamente la Constructora, reconociendo de manera expresa e irrevocable que el valor de la remuneración cubriría la totalidad de los costos, gastos, administración, IVA, imprevistos y utilidades con ocasión de la prestación de los servicios.<sup>100</sup>

Por último, respecto de las Cesiones y los Subcontratos, las partes acordaron que el oferente podría subcontratar las actividades relacionadas con la ejecución de los servicios, evento en el cual sería el único responsable ante el concesionario y el patrimonio autónomo por el cumplimiento de las obligaciones derivadas de dicha actividad. Por tal motivo el concesionario y el patrimonio autónomo no se harían responsables por las obligaciones contraídas por la Constructora Suba S.A. con los proveedores o los subcontratistas.

#### **“SECCIÓN 18. Cesiones y Subcontratos**

18.2 El Oferente podrá subcontratar las actividades relacionadas con la ejecución de los Servicios, evento en el cual, será responsable ante el Concesionario y el Patrimonio Autónomo por el cumplimiento de las obligaciones que se derivan de la ejecución del objeto de los Servicios.

18.3 El Concesionario y el Patrimonio Autónomo no se hacen responsables de las obligaciones que contraiga el Oferente con los proveedores o los subcontratistas. En ningún caso los subcontratistas del Oferente adquirirán por tal hecho relación jurídica alguna con el Concesionario o el Patrimonio Autónomo.”

<sup>100</sup> Sección 12.2 OFERTA MERCANTIL DE SERVICIO DE CONSTRUCCIÓN PARA LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE CONSTRUCCIÓN COMPRENDIDOS DENTRO DE LAS ACTIVIDADES QUE CONSTITUYEN EL OBJETO DEL CONTRATO DE CONCESIÓN No 146-2003 Con la formulación de la presente Oferta, el Constructor acepta y reconoce de manera expresa e irrevocable, que asumirá todos los Sobrecostos que resulten directa o indirectamente de la prestación de los Servicios, a excepción de aquellos costos que asume el IDU derivados de la ocurrencia de Fuerza Mayor o Caso Fortuito, en los términos en el Contrato de Concesión. Adicionalmente el Constructor acepta y reconoce de manera expresa e irrevocable que el valor de la Remuneración cubre la totalidad de los costos, gastos, administración, IVA, imprevistos y utilidades del Oferente con ocasión de la prestación de los Servicios.

**(ii) Oferta mercantil de servicios de construcción (20 de mayo de 2005)**

Mediante esta oferta mercantil de servicios de construcción se ofreció la sustitución integral de la Sección décima (10) de la oferta mercantil de servicios de construcción presentada en enero 13 de 2004, referida a la forma y fuente de pago de la remuneración. No obstante las modificaciones no fueron sustanciales en el contenido de la oferta.

**(iii) Oferta mercantil de servicios de construcción (julio 21 de 2005)**

Mediante esta oferta mercantil de servicios de construcción se ofreció la sustitución integral de la Sección Octava (08) de la oferta mercantil de servicios de construcción presentada en enero 13 de 2004, en los siguientes términos y condiciones:

“PRIMERO.- SUSTITUIR DE MANERA INTEGRAL LA SECCIÓN 8, así:

SECCIÓN 8. Plazo para la Prestación de los Servicios.

E) plazo que tiene el Oferente para prestar los Servicios es de VEINTITRÉS (23) MESES los cuales iniciarán una vez se suscriba el Acta de Iniciación de la Etapa de Construcción entre el Concesionario y el IDU. El plazo antes mencionado podrá ser modificado o extendido, bastando para tales efectos acuerdo previo y escrito entre el Oferente y el Consorcio, y entre el Consorcio y el IDU...”

**(iv) Oferta de servicios de construcción para la ejecución y pago de sobrecostos de obras adicionales. (8 de marzo de 2006).**

Los servicios que se ofrecen en la oferta de servicios de Construcción para la ejecución y pago de sobrecostos comprenden la ejecución por parte de la Constructora Suba S.A. de la actividad de suministro de materiales y equipos, y ejecución de obras y pago de sobrecostos de obras adicionales.

Dichas obras tendrían como contraprestación el pago a favor del constructor en los términos indicados en la parte de remuneración.

“SECCIÓN NOVENA: REMUNERACIÓN:

“El oferente tendrá derecho a recibir a título de remuneración la suma de quince mil millones de pesos (\$ 15.000.000.000.00). Los recursos requeridos para el pago de la suma mencionada serán aquellos provenientes de la colocación de la emisión de títulos, en los términos previstos en la cuarta modificación al contrato de fiducia...”

“El valor de la remuneración cubre la totalidad de los costos, gastos, administración, IVA, imprevistos, y utilidades del oferente con ocasión de la prestación de los servicios.”

Dichas obras se deberían hacer con plena observancia de las normas y reglas técnicas establecidas para tal efecto, contenidas en el contrato de concesión. Si dichas obras no cumplieran con los requerimientos del IDU el constructor se encontraba obligado a corregir y bajo su costo los incumplimientos en los plazos que el interventor y el IDU hubieran señalado.

- “**Sección 3. 1: SUMINISTRO DE PERSONAL, MATERIALES Y EQUIPOS:** el constructor por su cuenta y riesgo, situara en el lugar de las obras los equipos, materiales y personas que sean necesarias para la ejecución de las obras. El IDU, el concesionario y el patrimonio autónomo no adquieren ninguna responsabilidad.”
- “**Sección 3.2: DISEÑOS Y MEJORAMIENTO DE DISEÑOS:** el oferente manifiesta que conoce y acepta los diseños del proyecto suministrados por el concesionario, sin perjuicios de la facultad de realizar ajustes y/o modificaciones a los mismos, siguiendo los lineamientos de contrato de concesión.”

En cuanto a la responsabilidad por sobrecostos, establecieron las partes en la oferta que esta sería a cargo de la Constructora Suba S.A.

“SECCIÓN ONCE: RESPONSABILIDAD POR SOBRECOSTOS:

para efectos de la presente sección, el término SOBRECOSTO significa cualquier gastos, costo o pago o erogación en exceso del valor de la remuneración, que se deba incurrir en el desarrollo de la prestación de los servicios por cualquier causa, incluyendo sin limitación, cambios en la ley o reglamentación aplicable, modificaciones al contrato de concesión, mayores cantidades de obras, mayores costos de insumos o materiales, errores o demoras en la entrega o calidad de materiales o equipos, demoras o errores de subcontratistas, fuerza mayor o Caso Fortuito, errores de cálculo y en la ejecución de los servicios, siniestros, trabajos adicionales, cambios de obra, etc.”

“con la formulación de la presente oferta, el constructor manifiesta que no renuncia a la reclamación al CONSORCIO ALIANZA SUBA TRAMO II para el reconocimiento de los sobrecostos que resulten directa o indirectamente de la prestación de los servicios objeto de la presente oferta mercantil...”

#### 4.4 El Pacto de Solidaridad

Las partes que intervienen en este proceso celebraron un pacto de solidaridad en documento que no tiene fecha, pero según se desprende de su texto, se celebró entre la fecha de la constitución de Constructora Suba S.A., lo cual aconteció el 7 de enero de 2004, y la fecha de registro de esta escritura.

Según el texto del documento, el mismo se celebró “...en los términos establecidos en el Código de Comercio y en (sic) Código Civil a los efectos de la Cláusula 46.1 del Contrato de Concesión número 146 de 2003...”

La mencionada Cláusula 46.1 del Contrato de Concesión, que fue citada textualmente en la consideración número 4 del Pacto, dice lo siguiente:

“46.1 El Concesionario podrá subcontratar parcialmente la ejecución del Contrato con personas naturales o jurídicas que tengan la idoneidad y capacidad para

subcontratar la actividad subcontratada. No obstante lo anterior, el Concesionario continuará siendo el único responsable ante el IDU y TRANSMILENIO por el cumplimiento de las obligaciones del Contrato. El Concesionario es el único responsable ante el IDU de la celebración de subcontratos, en todo caso, el IDU se reserva el derecho a solicitar al Concesionario de cambiar al (los) subcontratista (s) cuando, a su juicio, este (os) no cumplan con las calidades mínimas necesarias para la ejecución de la (s) labor (es)-subcontratada."

El contenido de la cláusula transcrita se orienta exclusivamente a establecer la posibilidad que tiene el concesionario para subcontratar parcialmente la ejecución del contrato, pero manteniendo siempre la responsabilidad frente al IDU y TRANSMILENIO por el cumplimiento de las obligaciones del Contrato de Concesión. De manera que el concesionario podría subcontratar, pero sin descargar la responsabilidad que tenía respecto de las entidades contratantes. Por lo tanto, el Pacto de Solidaridad, según su propio texto, debe enmarcarse dentro de la materia que concierne a la Cláusula 46.1 del Contrato de Concesión.

En la medida en que por virtud del Contrato mediante el cual se constituyó la Constructora Suba S.A., tanto el Consorcio Alianza Suba – Tramo II, concesionario para la ejecución de la obra, como el Grupo Alianza Suba, le entregaron a aquella la ejecución total del proyecto, según su objeto principal, al tiempo que le confirieron Mandato para que presentara ofertas de prestación de servicios de obra -las que una vez aceptadas por el mismo Consorcio y el Patrimonio Autónomo, le permitirían ejecutarlas, en la práctica, se terminó subcontratando totalmente la ejecución del Contrato de Concesión, lo cual no estaba permitido según lo previsto en la mencionada Cláusula 46.1.

Por eso, con el propósito de garantizar plenamente frente al IDU y TRANSMILENIO la responsabilidad que el Consorcio y el Grupo Constructor tenían y siguen teniendo en la ejecución del Contrato de Concesión, fue que se consideró necesario celebrar el Pacto de Solidaridad en virtud del cual se determinó que todas las Sociedades del Grupo Alianza Suba se obligaban a ser solidariamente responsables con la Constructora Suba en la ejecución de las actividades correspondientes a la Etapa de Construcción del Contrato de Concesión.

En consecuencia, en el objeto del Pacto de Solidaridad se señaló lo siguiente:

"PRIMERA.- OBJETO DEL CONTRATO: Por medio del presente Pacto de Solidaridad, los integrantes del Consorcio Alianza Suba Tramo II y las sociedades VARGAS VELANDIA LTDA. e INCOEQUIPOS S.A. se obligan a ser solidariamente responsables con la CONSTRUCTORA SUBA S.A. en la ejecución de las actividades correspondientes a la Etapa de Construcción del Contrato de Concesión 146-2003, las cuales serán ejecutadas por dicha sociedad de conformidad con los términos de la Oferta Mercantil para la prestación de servicios de construcción bajo la modalidad de precio y plazo fijo."

Empero, conforme al Pacto objeto de examen, la responsabilidad solidaria que asumieron todas las Sociedades con la Constructora Suba S.A. no fue respecto de la totalidad de las obligaciones del Contrato de Concesión, sino que ellas

decidieron limitar la solidaridad a las actividades concernientes a la Etapa de Construcción, esto es, las relacionadas con el riesgo constructivo o de construcción del proyecto, que serían las ejecutadas por la Constructora Suba S.A.

Por su parte, en la Cláusula Cuarta del citado Pacto de Solidaridad se estableció la responsabilidad de la Constructora Suba S.A. frente a todo lo necesario para el cabal desarrollo de la oferta mercantil presentada a la Fiduciaria vocera del Patrimonio Alianza Suba Tramo II y al Consorcio concesionario, pero al mismo tiempo se señaló que “No obstante lo anterior los integrantes del Consorcio Alianza Suba Tramo II, Vargas Velandia Ltda. e Incoequipos S.A. manifiestan que serán responsables de estas obligaciones en los términos establecidos en la cláusula 46.1 del Contrato de Concesión 146-2003”.

Por lo tanto, hay que anotar que no se trata en esta Cláusula Cuarta de establecer una responsabilidad solidaria entre las sociedades firmantes, sino de una responsabilidad que debe considerarse conjunta de quienes suscriben el documento, nuevamente según se dice, en los términos de la Cláusula 46.1 del Contrato de Concesión 146 de 2003, ya transcrita.

Lo que indica la Cláusula Cuarta del Pacto de Solidaridad es que si bien la Constructora Suba S.A. debía administrar, dirigir, contratar o vincular directa o indirectamente todo lo necesario para la ejecución de la oferta mercantil, en todo caso, el Consorcio concesionario y las Sociedades Vargas Velandia Ltda. e Incoequipos S.A., serían los responsables frente al IDU y a TRANSMILENIO por tales actividades.

Entonces, si bien las partes convocantes están legitimadas para actuar en este proceso, en todos aquellos aspectos que puedan tener origen en el Acuerdo del 12 de junio de 2003, en la medida en que todas ellas fueron parte de él, no ocurre lo mismo en el caso de que se pretendiera derivar entre las convocantes y la convocada responsabilidades del pacto de solidaridad. Si las seis sociedades se obligaron a responder solidariamente con la Constructora Suba S.A., no puede hacerse una interpretación extensiva en el sentido de que la solidaridad se haya pactado también para que las seis mencionadas sociedades se entiendan solidarias entre sí.

Tal como se registró anteriormente, se ha establecido por diversos medios de prueba y así se reconoce en algunos de los hechos de la reforma de la demanda (28 y 31), que las cinco sociedades convocantes otorgaron créditos a la Constructora Suba y que ésta, con esos fondos, pagó a subcontratistas o a proveedores entre los que se encontraban las mismas cinco sociedades.

Según las reglas de la solidaridad, si alguno de los deudores que se ha obligado bajo esa modalidad paga y extingue la deuda, queda subrogado en la acción del acreedor. Entonces, si cualquiera de las sociedades convocantes hubiera hecho el pago a la Constructora Suba S.A. o hubiera extinguido obligaciones por un medio equivalente al mismo, podría haberse subrogado en la acción de dicha sociedad frente a Vargas Velandia Ltda. Pero ello no

sucedio. Las convocantes no pagaron ni extinguieron obligaciones, sino que celebraron un contrato de mutuo que les otorga un derecho de crédito en virtud del cual pueden exigir el pago de la suma mutuada a su deudora que es la mencionada constructora. Por otro lado, las pretensiones de la demanda no están encaminadas al ejercicio de la acción que como efecto de la subrogación podrían haber tenido tales sociedades en el evento del pago o extinción de obligaciones por medio equivalente.

En conclusión, por virtud del Pacto objeto de examen existe responsabilidad solidaria de las Sociedades para con la Constructora Suba S.A., con la finalidad de garantizar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de las actividades de construcción previstas en el Contrato de Concesión, pero de ella no se puede concluir que éstas deban responder entre sí por los sobre costos en que incurra la Sociedad Constructora Suba que fue las que los asumió según lo señaló en las ofertas que presentó y que le fueron aceptadas, según la limitación prevista en dicho Pacto.

Por lo tanto, si se trata de exigir el cumplimiento de una obligación que se deriva del pacto de solidaridad, no son las sociedades convocantes las legitimadas para hacerlo respecto de la sociedad convocada, motivo por el cual, las pretensiones formuladas en tal sentido no tienen vocación de prosperidad. Por supuesto, lo dispuesto anteriormente no tiene efecto vinculante frente a la Constructora Suba S.A., pues no es parte en este proceso.

Ello también significa que si el proyecto consistía, de acuerdo con su finalidad, en la ejecución del Contrato de Concesión de obra, deberá tenerse en cuenta aquí también que al celebrarse el Contrato de Concesión 146 de 2003 por el Consorcio y aceptarse por todo el Grupo Alianza Suba que éste debe ser ejecutado en los términos y condiciones en él previstos, todos los miembros del Grupo asumieron los riesgos inherentes al mismo y sus beneficios por partes iguales.

En tal virtud, ante la insuficiencia de recursos para culminar la ejecución de las obras y con el propósito de garantizar el cumplimiento del Contrato de Concesión, sea por la presencia, v.gr. de mayores costos o sobre costos, tanto el Consorcio Alianza Suba en su condición de concesionario, como el Grupo Alianza Suba que lo respalda en virtud del Acuerdo del 12 de junio de 2003, debían o deben resolver dicho problema en los términos de dicho Acuerdo, aportando si es preciso los recursos necesarios para ello, pues en eso consiste su responsabilidad contractual y en eso debe consistir la garantía ofrecida por todas las sociedades según lo previsto en la Cláusula 46.1 del Contrato de Concesión, responsabilidad que implica obligaciones y que la propia Sociedad Vargas Velandia Ltda. no ha desconocido al afirmar que si tiene que pagar lo hace, que paga lo que le corresponda, en la medida en que obedezca al cumplimiento exacto de tales obligaciones, que son distintas de las financieras en las cuales no ha manifestado su voluntad de obligarse como atrás se ha estudiado con toda extensión.

#### **D. LOS CAMBIOS DE ORIENTACIÓN EN LA EJECUCIÓN DEL PROYECTO A PARTIR DE LA FASE DE CONSTRUCCIÓN**

El Tribunal destaca que todo el esquema ideado a partir del Pliego de Condiciones de la Licitación, y luego construido o materializado en el Acuerdo verbal celebrado entre las seis sociedades y que luego se formalizó mediante la suscripción del Acuerdo escrito del 12 de junio de 2003; en los Acuerdos Consorciales del 9 de junio de 2003; en el Contrato de Concesión 146 de 2003 firmado el 19 de agosto de 2003 por el Consorcio Alianza Tramo II con el IDU y TRANSMILENIO; en el Contrato de Fiducia Mercantil para Administración y Fuente de Pago celebrado el 29 de septiembre de 2003; en el Contrato para la Constitución de la Constructora Suba S.A. celebrado el 7 de enero de 2004; en el Contrato de Mandato para la Prestación de los Servicios de Construcción celebrado el 8 de Enero de 2004 y el Otrosí No. 1 al mismo Contrato celebrado el 15 de Enero de 2004; en las formulación y aceptación de las Ofertas Mercantiles a partir del 8 de Enero de 2004; y, en el Pacto de Solidaridad celebrado antes del 15 de Enero de 2004, fue concebido y puesto en funcionamiento hasta el momento en que terminó la primera Etapa de Preconstrucción y Diseños y comenzó la Segunda Etapa para la ejecución de las obras previstas en el Contrato de Concesión.

A partir de este momento, surgieron varios problemas, entre ellos, el más grave relacionado con el accidente de los niños del Colegio Agustiniiano ocasionado por la acción u omisión de un subcontratista, razón por la cual, frente a este lamentable insuceso, las Sociedades integrantes del Consorcio Alianza Suba Tramo II y del Grupo Alianza Suba en general, constituido por la totalidad de las Sociedades participantes, debieron desplegar su mejor y mayor esfuerzo para asumir su responsabilidad frente a las familias de los niños y al mismo tiempo, de manera simultánea, garantizar el cumplimiento del Contrato de Concesión, en medio de una presión desplegada por los organismos de control, las dependencias estatales de investigación criminal, los medios de comunicación y determinados grupos sociales, algunos de los cuales hasta llegaron a clamar porque se declarara la caducidad del contrato de concesión.

El esfuerzo desplegado por el Grupo Alianza Suba para garantizar el cumplimiento del Contrato de Concesión 146 de 2003 y la calidad de las obras ejecutadas en la Etapa de Construcción, fue tal que con ocasión de la ejecución de este contrato de obra pública, según la información general disponible de acceso público en los medios de comunicación o en las Web de contratación públicas, no se ha generado ningún reclamo por parte de las entidades públicas contratantes ni de la comunidad.

Por supuesto, el manejo de la delicada situación descrita y la ejecución del Contrato a partir de ese momento para garantizar la calidad de las obras, obligaron a cambiar la modalidad de trabajo, asumiendo las sociedades participantes íntegramente la dirección, ejecución y responsabilidad de las mismas y no permitiendo, salvo contadas excepciones que las obras fueran ejecutadas por terceros subcontratistas. Ello explica que a partir de ese momento las Sociedades participantes fueran las que presentaran ofertas a la



Constructora Suba S.A., y ejecutaran una gran parte de las obras. La Sociedad Vargas Velandia Ltda. sólo ejecutó una parte mínima de ellas, porque fue su voluntad no participar en la ejecución de las obras, como se infiere de las declaraciones recibidas y de los dictámenes rendidos en este proceso.

Todo lo anterior derivó igualmente en el cambio sucesivo del primer Director del Proyecto, Gerente de la Constructora Suba y funcionario responsable del Grupo Alianza Suba, por otro y, posteriormente, uno siguiente, los cuales trajeron consigo cambios en el presupuesto y en los procedimientos, lo que obviamente generó inestabilidad, en algunos casos, desconfianza, y desorden administrativo, financiero y contable de lo cual uniformemente dieron cuenta prolija tanto los testigos como los Peritos Técnico, Financiero y Contable y así lo pudo verificar directamente el Tribunal al realizar las inspecciones y exhibiciones cumplidas en el domicilio de la Constructora Suba y sede del Consorcio Alianza Suba Tramo II.

Con ocasión de algunos de tales problemas, se generaron mayores cantidades de obra y por lo mismo mayores costos de la misma, así como sobrecostos, todos los cuales efectivamente se presentaron según se observa en los dictámenes rendidos en este proceso, que en el primer caso seguramente serán sumidos por la entidad contratante conforme a lo previsto en el Contrato de Concesión 146 de 2003 y, en el segundo, corresponderá asumirlos a la Constructora Suba según se obligó en los términos del Mandato y en las ofertas que presentó y le fueron aceptadas por el Consorcio Alianza Suba.

#### **E. COSTAS**

Entiende el Tribunal, conforme a la naturaleza jurídica del Acuerdo que sirve de base al presente litigio arbitral (Acuerdo del 12 de junio de 2003), que al mismo resulta aplicable la previsión contenida en el numeral 6 del artículo 392 del Código de Procedimiento Civil, modificado por el artículo 42 de la Ley 794 de 2003, el cual dispone que “En caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de la decisión”.

El Tribunal considera, en este punto, que son dos los factores que concurren a la aplicación de la preceptiva reseñada al asunto sub-lite, el primero relacionado con la lealtad y seriedad de la conducta desplegada por las dos partes dentro del proceso, y el segundo, con la prosperidad parcial de las pretensiones tanto de la demanda principal como de la demanda de reconvenición, con desestimación total de las excepciones de mérito formuladas por la parte convocada. Este conjunto de hechos y circunstancias conduce al Tribunal a decidir, dentro del marco de valoración y de facultades expuesto, que no habrá condena en costas a cargo de ninguna de las partes. En consecuencia, cada una asumirá, en la proporción señalada en las oportunidades pertinentes, la cuota de gastos y honorarios que le corresponde, al igual que las partidas de gastos y honorarios fijadas a su cargo por razón de los dictámenes periciales solicitados, ordenados y rendidos durante el proceso.

## CONCLUSIONES

A manera de recapitulación de los análisis antes efectuados por el Tribunal sobre los hechos probados en el proceso, se puede concluir que:

**1.** Desde el momento en que las seis (6) sociedades acordaron participar en la Licitación IDU-LP-DTC-001-2003 convocada por el Instituto de Desarrollo Urbano – IDU – y procedieron (i) a suscribir el documento denominado “Acuerdo”, (ii) a constituir dos (2) Consorcios para presentar propuestas en cada uno de los Tramos en que se dividió el proyecto por el IDU para la Adecuación de la Avenida Suba al Sistema Transmilenio, y (iii) procedieron a presentar las correspondientes propuestas, asumieron entre ellos la obligación de ejecutar en forma conjunta y en proporciones iguales la totalidad de las obligaciones que provendrían de la celebración de los correspondientes contratos de concesión. Como sólo les fue adjudicado uno de los contratos de concesión, el correspondiente a la ejecución del Tramo II de la Vía a Suba, sus compromisos se limitaron a la ejecución de los derivados de la firma del Contrato de Concesión 146-2003 para la construcción y/o adecuación de dicho Tramo II.

**2.** Es consecuencia obligada de la participación en un proyecto como el ofrecido por el IDU, que quienes resultaron adjudicatarios de cada uno de los Contratos de Concesión, se obligaron a efectuar y cumplir la totalidad de las obligaciones previstas en ellos, para el caso en estudio el distinguido con el número 146-2003, por el valor convenido. Esto es, que salvo la existencia de circunstancias especiales que dieran origen a la aplicación de la teoría del restablecimiento del equilibrio del contrato, o que impusieran la compensación por parte del IDU, tales adjudicatarios se comprometieron a ejecutar la totalidad de las obras previstas y a cumplir la totalidad de las obligaciones derivadas del contrato de concesión, por el valor único en él determinado y cuyo pago se haría de conformidad con la modalidad allí prevista.

**3.** Legal y contractualmente ante el IDU y con ocasión de la suscripción del Contrato de Concesión N° 146-2003, solamente se obligaron solidariamente cuatro (4) de las Sociedades integrantes del “Acuerdo”; pero ello sólo será aplicable respecto de las relaciones directas frente al ente contratante.

Para los efectos internos entre las sociedades participantes y suscribientes del denominado “Acuerdo”, celebrado entre las seis (6) sociedades, se entiende que todos deben participar por sextas partes (1/6), tanto en los aportes, como en los mayores costos requeridos para ejecutar el proyecto, así como en las utilidades o en la eventuales pérdidas que llegue a arrojar el desarrollo del mismo.

Ese es el entendimiento natural y obvio del tipo de negocio en el cual acordaron participar y, por ende, del convenio celebrado entre ellos, aunque

no hayan hecho una referencia específica a la eventualidad de mayores costos o a la asunción de pérdidas. Cosa bien distinta hubiera sido que, por las razones que entre ellos pudieran haberse dado, hubieran hecho una distribución especial de los eventuales mayores costos o de las pérdidas, como ocurre con claridad en los proyectos de concesión donde participan entidades financieras y sociedades constructoras, en los cuales es usual que se acuerde específicamente que los riesgos constructivos son sólo para el socio constructor. Pero ese no es el caso en estudio, donde entre todos asumieron la ejecución del proyecto por sextas partes. De esta forma, es necesario entender que deben ser todos partícipes de las obligaciones de contribuir por sextas partes tanto en la ejecución de las obras como en los requerimientos para cubrir los eventuales mayores costos o para asumir las eventuales pérdidas.

No resulta acorde con el espíritu plasmado en el “Acuerdo”, que se entienda que las obligaciones de cubrir eventuales mayores costos y/o asumir las también eventuales pérdidas, sea solamente de las cuatro sociedades firmantes del Contrato de Concesión –integradas en consorcio–, como obligadas directas ante el IDU, y que las dos restantes sociedades, las cuales no forman parte del Consorcio, solamente participarían de las utilidades presupuestadas o calculadas antes de la ejecución del proyecto y no asumirían los riesgos provenientes de la existencia de mayores costos en la ejecución del mismo y/o de las también eventuales pérdidas que éste pudiere arrojar.

**4.** A partir de allí, los demás actos jurídicos celebrados por las partes para poder ejecutar el proyecto del Tramo II de la Vía a Suba, integralmente considerados, forman una unidad negocial con los primeros acuerdos suscritos, pues son solo vehículos exigidos por el contrato o desarrollados por voluntad de los socios para posibilitar el cumplimiento del contrato de Concesión y, por ende, están íntimamente ligados entre sí, a tal punto que de perder vigencia, por ejemplo, el de Concesión, todos los demás dejan de tener eficacia pues su única finalidad es la ejecución del Contrato de Concesión y sus obligaciones.

Tales actos jurídicos son: (i) el contrato de fiducia con Fiducolombia; (ii) el contrato de constitución de la Sociedad Constructora Suba S.A.; (iii) El Contrato de Mandato; (iv) Las ofertas Mercantiles presentadas al Patrimonio Autónomo y al Consorcio Alianza Suba Tramo II, y la Aceptación de las mismas; y, (vi) el Pacto de solidaridad suscrito entre las seis sociedades y la Constructora Suba S.A.

**5.** No obstante, la existencia de esa unidad negocial que el Tribunal reconoce entre los diversos actos jurídicos celebrados con el propósito de cumplir las obligaciones nacidas del Contrato de Concesión, existen unas definiciones particulares en algunos de esos actos y negocios jurídicos, en virtud de las cuales se acordaron unas reglas específicas que deben cumplirse.

(i) Tal es el caso de las disposiciones relacionadas con la definición sobre la destinación y beneficiarios de los recursos de la subcuenta de excedentes dentro del Patrimonio Autónomo.

TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO DE  
ESTYMA S.A., CONCA Y S.A., ARQUITECTOS E INGENIEROS ASOCIADOS S.A., CONSTRUCTORA INECON-TE LTDA e  
INCOEQUIPOS S.A. Vs. VARGAS VELANDIA LTDA (XIE S.A.)

(ii) Igualmente, es el caso de las disposiciones relacionadas con la obtención de créditos, en virtud de las cuales sólo se obligaría cada sociedad, en la medida en que aprobara expresamente constituirse en deudora, garante o avalista de ellos. Por lo mismo, no puede entenderse que exista obligación de una o varias de las sociedades frente a los créditos obtenidos por otras, si no media su aceptación o aprobación.

(iii) Del mismo modo, en virtud del mandato, se dispuso que la oferta u ofertas que debía presentar la Constructora Suba S.A., debían hacerse por precio y plazo fijo y, por ende, de este acto jurídico no podría desprenderse una obligación mayor, aunque, como se precisó antes, otra cosa es que en virtud del acuerdo de participación en el proyecto, desde el inicio y la presentación de propuestas al IDU, el compromiso de las seis sociedades comprendía el cumplimiento de la obligación nacida del contrato de concesión y, por lo mismo, de asumir, si a ello hubiere lugar, los mayores costos requeridos para la ejecución de las obras y, en general del proyecto, incluyendo la asunción de pérdidas si éstas se dan.

**6.** Esta obligación asumida desde el “Acuerdo” y por la voluntad de participar en la Licitación abierta por el IDU, se ratificó por las seis sociedades partícipes al suscribir el Pacto de Solidaridad con la Constructora Suba S.A., en virtud del cual todas se obligaron solidariamente con la Sociedad Constructora por la ejecución de las obras dentro del Contrato de Concesión 146-2003.

De esta suerte, es claro que el propósito de la suscripción del Pacto de Solidaridad, no fue otro que respaldar a la Constructora y, de este modo, garantizar que contaría con los recursos para cubrir los gastos necesarios para ejecutar las obras e inclusive los eventuales mayores costos del cumplimiento de su oferta mercantil a precio fijo y, en últimas, asumir el riesgo constructivo derivado del Contrato de Concesión en cabeza de los contratistas.

**7.** En virtud del Contrato mediante el cual se constituyó la Constructora Suba S.A., del Contrato de Mandato y de las Ofertas Mercantiles presentadas por la Constructora, el riesgo constructivo se radicó en esta Sociedad, por lo cual ésta es la llamada a responder, en principio, por cualquier mayor costo en la ejecución de la construcción. Sin embargo, como existe el Pacto de Solidaridad el cual permite que la Sociedad llame a las seis sociedades a responder con ella por tales mayores costos, ésta es la única legitimada para hacerlo exigible, si a ello hubiere lugar, no pudiendo ninguna de las Sociedades convocantes y/o convocadas en este Tribunal reclamarla para sí, ni este Tribunal podría pronunciarse sobre eventuales derechos u obligaciones a favor o a cargo de terceros, respectivamente, como es precisamente el caso de Constructora Suba S.A., sociedad que no es parte de este proceso arbitral.

Todo lo dicho en la parte motiva de este Laudo y resumida en este capítulo, conduce al Tribunal a decidir, como se plasmará en la parte resolutive del mismo, de la siguiente manera las pretensiones de la demanda principal y de la demanda de reconvención:

### **DE LA DEMANDA PRINCIPAL:**

1. Se despachará favorablemente la pretensión Primera de la demanda principal, puesto que obra en el Expediente que se celebró el Acuerdo del 12 de junio de 2003 entre las sociedades convocantes y convocada.
2. Se despachará favorablemente, pero en forma parcial, la pretensión segunda de la demanda principal, pues en el Acuerdo suscrito el 12 de junio de 2003 se reguló de manera general lo relacionado con las obligaciones y derechos de las sociedades partícipes en el evento de ser adjudicado alguno de los contratos de concesión y, en especial, lo relacionado con la participación de las mismas en el reparto de utilidades, pero no se reguló en forma explícita la participación de las sociedades en las pérdidas y en la asunción de los gastos y sobre costos que se pudieren ocasionar con el desarrollo y manejo, entre otros, del Contrato de Concesión No. 146-2003 que les fue adjudicado a través del Consorcio Alianza Suba, pues éste para la fecha de la suscripción del Acuerdo ni siquiera existía.
3. Se despacharán favorablemente las pretensiones tercera y cuarta de la demanda principal, relacionadas con la declaratoria de la existencia de la unidad negocial a propósito de la participación de las seis sociedades en la Licitación IDU-LP-DTC-001-2003, previa la celebración del “Acuerdo” y de la conformación de los dos Consorcios, la adjudicación de la licitación para la ejecución del Tramo II de la Avenida a Suba y la suscripción del correspondiente Contrato de Concesión N° 146-2003, la suscripción del Contrato de Fiducia con Fiducolombia S.A., la constitución de la Sociedad Constructora Suba S.A., el Contrato de Mandato, la presentación de Ofertas Mercantiles por la Constructora Suba S.A. al Fideicomiso en Fiducolombia S.A. y al Consorcio, y la suscripción del Pacto de Solidaridad entre las seis sociedades y la Sociedad Constructora Suba S.A.
4. Se despachará en forma parcialmente favorable la pretensión quinta de la demanda principal, puesto que como consecuencia de la declaración de la Unidad Negocial es preciso aceptar que el resultado de la misma, sean utilidades o pérdidas, será el resultado de sumar las utilidades o pérdidas que individualmente arrojen cada uno de los actos jurídicos que la conforman, con excepción del resultado del Contrato de Fiducia con FiduColombia, en virtud de las reglas particulares que los intervinientes en el proyecto o unidad negocial le dieron a los resultados económicos de esta Fiducia.
5. Se despachará favorablemente la pretensión sexta de la demanda principal en cuanto que las seis sociedades partícipes tienen la obligación de asumir por sextas partes, todos los gastos, mayores costos, sobre costos o pérdidas que se hayan ocasionado o se causen como consecuencia del desarrollo y el cumplimiento del Contrato de Concesión N° 146-2003, por una parte y, por la otra, tienen el derecho a percibir, también por sextas partes, las utilidades que

arroje la unidad comercial o proyecto, con la precisión que el reparto a los beneficiarios de los recursos existentes en la Subcuenta de Excedentes del Patrimonio Autónomo Alianza Suba Tramo II se debe hacer en los términos y condiciones previstos de manera especial en el Contrato de Fiducia Mercantil celebrado con Fiducolombia con sus respectivas modificaciones vigentes.

La obligación de concurrir a sufragar los mayores costos en el desarrollo del proyecto surge para las seis sociedades del compromiso asumido al decidir participar en la licitación presentando propuesta, y al celebrar el contrato de concesión del cual surgió el compromiso de cumplir con las obligaciones nacidas del mismo, por un precio global fijo. Por lo tanto, sin perjuicio del esquema concebido para separar el riesgo constructivo del riesgo financiero frente al Patrimonio Autónomo y los Bancos Prestamistas -a través de la Sociedad Constructora Suba S.A.-, de manera general se asumió el riesgo constructivo por lo que en él va implícita la posibilidad de existencia de mayores costos y la posibilidad de existencia de pérdidas en la ejecución del Contrato, asunción de riesgos que se ratificó al celebrar el Pacto de Solidaridad con la Constructora.

**6.** Se despachará favorablemente pero en forma parcial, la pretensión séptima de la demanda principal en cuanto que la Sociedad Vargas Velandia Ltda. Hoy Xie S.A., tenía y sigue teniendo la obligación de suministrar la sexta parte del total de gastos y sobrecostos que se hayan producido o se lleguen a producir con ocasión o en desarrollo del Contrato de Concesión N° 146-2003, pero no en cuanto a que se haya establecido su monto en este proceso, pues en virtud del contrato de mandato y del pacto de solidaridad suscritos, no corresponde a la socios sino a la Constructora Suba S.A., el derecho a reclamar el pago de esa sexta parte de la mencionada sociedad y, por ende, no es este Tribunal el competente para establecer específicamente la existencia de los costos y sobrecostos ni a cuantificarlos.

**7.** Se despachará desfavorablemente la pretensión octava de la demanda principal, pues no son las sociedades demandantes en su calidad de socios del proyecto, las llamadas a reclamar el reconocimiento y pago de eventuales sobrecostos o gastos en la ejecución de las obras dentro del Contrato de Concesión frente a la Sociedad convocada tal y como se explicó en el numeral 6 anterior.

**8.** Se despacharán desfavorablemente las pretensiones novena y décima de la demanda principal pues en virtud de las determinaciones particulares adoptadas por las seis sociedades partícipes del proyecto en el contrato de fiducia, y en especial en el modificadorio N° 4, los recursos existentes en la subcuenta de excedentes deben ser entregados a sus beneficiarios y no están destinados a cubrir costos y gastos generados en la ejecución y mantenimiento de las obras objeto del contrato de concesión N° 146-2003, todo ello sin perjuicio de la obligación de los seis miembros del Grupo Alianza Suba, de concurrir a sufragar por sextas partes tales costos y gastos, tal y como se explicó en el numeral 5 anterior.

### **DE LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN:**

**1.** Se despachará favorablemente la pretensión primera de la demanda de reconvención, pues las cinco sociedades demandantes y demandadas en reconvención han incumplido sus obligaciones bajo la unidad negocial celebrada entre las seis, en especial bajo el Acuerdo del 12 de junio de 2003 y el Contrato de Fiducia celebrado con Fiducolombia S.A. para la administración y fuente de pago del contrato de concesión 146 de 2003, pues han realizado actos contrarios a tales obligaciones impidiendo que la demandante en reconvención acceda a los recursos que le corresponden como legítimo beneficiario de la Subcuenta de excedentes, todo de conformidad con lo explicado al referirnos a las pretensiones de la demanda principal.

Con base en el Contrato de Fiducia Mercantil celebrado con Fiducolombia y en la modificación cuatro del mismo contrato, el Tribunal encontró probado que todos y cada uno de los miembros del Grupo Alianza Suba, entre ellos Vargas Velandia Ltda., tienen derecho a percibir por sextas partes los dineros que se encuentren en la Subcuenta de Excedentes, sin que exista plazo o condición que pueda aplazar el ejercicio de ese derecho.

Como consecuencia de la decisión anterior, el Tribunal se declarará inhibido para decidir respecto de la primera petición subsidiaria a la primera pretensión de la demanda de reconvención.

**2.** Se despachará favorablemente la segunda pretensión de la demanda de reconvención, pues las cinco sociedades demandantes y demandadas en reconvención no tienen en forma conjunta o de manera individual, ningún derecho legal o contractual para exigir a la sociedad Vargas Velandia Ltda., que destine los recursos que le pertenecen a ésta bajo el contrato de fiducia para administración y fuente de pago del contrato de concesión 146 de 2003 celebrado con FiduColombia S.A, para financiar las actividades de la Constructora Suba S.A. en desarrollo de las ofertas mercantiles que vinculan a esta sociedad con las empresas demandadas y el Patrimonio Autónomo Alianza Suba Tramo II, pues como se analizó, dentro de las reglas particulares dadas entre todos dentro de la unidad negocial, si bien existe obligación de concurrir a sufragar por sextas partes los gastos, costos y sobre costos que ocurran en desarrollo del proyecto, los recursos de la cuenta de excedentes pertenecen por sextas partes a los miembros del Grupo Alianza Suba tal como lo definieron en el Contrato de Fiducia con su modificadorio N° 4.

**3.** Se despachará desfavorablemente la pretensión tercera de la demanda de reconvención, pues no se ha demostrado en el proceso que la intención de los demandantes al buscar que los recursos que corresponden a la sociedad

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO DE  
ESTYMA S.A., CONCA Y S.A., ARQUITECTOS E INGENIEROS ASOCIADOS S.A., CONSTRUCTORA INECON-TE LTDA e  
INCOEQUIPOS S.A. Vs. VARGAS VELANDIA LTDA (XIE S.A.)

Vargas Velandia Ltda. en las subcuentas de excedentes del Patrimonio Autónomo Alianza Suba Tramo II, implique trasladar de manera ilegítima a Vargas Velandia Ltda. los riesgos que bajo el modelo financiero y organizacional del Contrato de Concesión 146 de 2003, se trasladaron a la Constructora Suba S.A. Como se expuso, de conformidad con el Acuerdo del 12 de junio de 2003 y el Pacto de Solidaridad suscrito por las seis sociedades con la Constructora Suba S.A., estas seis sociedades asumieron solidariamente con la Constructora esos riesgos constructivos o por mayores costos asumidos por ésta en las ofertas mercantiles presentadas al Consorcio y al Fideicomiso.

4. Se despachará favorablemente la pretensión cuarta de la demanda de reconvención, pues de conformidad con lo probado en el proceso y los análisis del Tribunal, las cinco sociedades demandantes no tienen ningún derecho de crédito en contra de Vargas Velandia Ltda., por razón de los préstamos que aquellas empresas le hubieren hecho a la Constructora Suba S. A. para financiar la ejecución de las obras correspondientes a las ofertas mercantiles que vinculan a esta sociedad con las empresas demandadas y el Patrimonio Autónomo Alianza Suba Tramo II, pues de conformidad con los acuerdos particulares realizados por las seis sociedades, para que se vinculara como deudor, garante o avalista a una sociedad a los créditos obtenidos, se requería su anuencia o aprobación, y en el caso de Vargas Velandia Ltda. no se dio tal consentimiento.

5. Se despachará favorablemente la pretensión quinta de la demanda de reconvención, pues de conformidad con lo analizado y lo ya expuesto, las cinco sociedades demandantes no tienen ningún derecho legal o contractual sobre los dineros que en calidad de beneficiario le corresponden a Vargas Velandia Ltda., hoy Xie S.A. bajo el Contrato de Fiducia para administración y fuente de pago del Contrato de Concesión 146 de 2003 celebrado con FiduColombia S.A (Patrimonio Autónomo Alianza Suba Tramo II).

6. Se despacharán favorablemente las pretensiones sexta y séptima de la demanda de reconvención, por cuanto de conformidad con el Acuerdo del 12 de junio de 2003 en materia de créditos las sociedades partícipes solo se comprometen como deudores, garantes y avalistas si expresamente han dado su consentimiento para la obtención de cada una de las financiaciones. En consecuencia la Sociedad Vargas Velandia Ltda. no es deudor solidario con la Sociedad Constructora Suba S.A., por los recursos de crédito que esta empresa hubiere contratado con las Sociedades **ESTYMA S.A, CONCA Y S.A, ARQUITECTOS E INGENIEROS S.A., CONSTRUCTORA INECON-TE LTDA. e INCOEQUIPOS S.A.**, para financiar la ejecución de las obras correspondientes a las ofertas mercantiles que vinculan a esta Sociedad con las empresas demandadas y el Patrimonio Autónomo Alianza Suba Tramo II, ni está obligada a asumir el valor de los recursos de crédito que la Sociedad Constructora Suba S.A. hubiere adquirido con tales empresas o cualquier otra operación que hubiere implicado el financiamiento de la ejecución de las



actividades a que se refieren las ofertas mercantiles que vinculan a esta Sociedad con las empresas demandadas y el Patrimonio Autónomo Alianza Suba Tramo II (Patrimonio Autónomo Alianza Suba Tramo II).

7. El Tribunal se declarará inhibido para decidir las pretensiones Octava, Novena, Décima, Décima Primera y Décima Segunda de la demanda de reconvencción, por cuanto con ellas se pretende obtener un pronunciamiento de este Tribunal en virtud del cual se declaren, constituyan o extingan obligaciones a favor o a cargo de la Constructora Suba S.A., para lo cual este Tribunal carece de competencia.

8. Se despachará en forma parcialmente favorable la pretensión **DÉCIMA TERCERA** de la demanda de reconvencción, ya que como se ha explicado en diversos apartes de este laudo, no son las sociedades demandantes las titulares del derecho o las legitimadas legal y contractualmente, para exigir o reclamar ante la demandante en reconvencción, el pago de los mayores costos causados o que se lleguen a causar en la ejecución de la oferta mercantil para construcción de las obras bajo el Contrato de Concesión N° 146-2003 presentada por la Sociedad Constructora Suba al Consorcio y al Fideicomiso.

Pero no se accederá a efectuar la anterior declaración bajo el supuesto formulado en la pretensión, esto es, fundado en que *“para la época de ejecución de las obras de construcción de la concesión.... Eran quienes tenían la propiedad del capital social y la administración efectiva de la sociedad Constructora Suba S.A...”*. El fundamento de la decisión del Tribunal se encuentra en que tales gastos, mayores costos, o sobre costos, en virtud de las decisiones adoptadas por las partes, solamente los podrá reclamar la sociedad Constructora Suba S.A.

9. Se declarará inhibido este Tribunal para decidir sobre la pretensión **DÉCIMA CUARTA** de la demanda de reconvencción, por cuanto no es competente para decidir sobre derechos y obligaciones a cargo de terceros que no son parte en este proceso arbitral.

10. Se despachará favorablemente la pretensión **DÉCIMA QUINTA** de la demanda de reconvencción, pues es claro para el Tribunal, como lo explicó ampliamente en los capítulos precedentes, que los recursos que les correspondan o les lleguen a corresponder a los demandados en reconvencción y a Vargas Velandia Ltda., como beneficiarios bajo el Contrato de Fiducia para Administración y Fuente de Pago del Contrato de Concesión 146 de 2003 celebrado con FiduColombia S.A., no fueron destinados por las partes en tal contrato y su modificatorio N° 4, ni en ninguno de los demás actos jurídicos que forman parte de la Unidad Negocial, para la cobertura de los mayores costos que se hayan producido o se lleguen a producir en la ejecución del Contrato de Concesión N° 146-2003.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO DE  
ESTYMA S.A., CONCAV S.A., ARQUITECTOS E INGENIEROS ASOCIADOS S.A., CONSTRUCTORA INECON-TE LTDA e  
INCOEQUIPOS S.A. Vs. VARGAS VELANDIA LTDA (XIE S.A.)

El reparto a los beneficiarios de los recursos existentes en la Subcuenta de Excedentes del Patrimonio Autónomo Alianza Suba Tramo II se debe hacer en los términos y condiciones previstos de manera especial en el Contrato de Fiducia Mercantil celebrado con Fiducolombia con sus respectivas modificaciones vigentes.

Lo anterior, sin perjuicio, se reitera, de que las seis sociedades participes en el proyecto, tienen la obligación de asumir por sextas partes, todos los gastos, mayores costos, sobrecostos o pérdidas que se hayan ocasionado o se causen como consecuencia del desarrollo y el cumplimiento del Contrato de Concesión N° 146-2003.

**11.** Se despachará en forma parcialmente favorable la pretensión **DÉCIMA SEXTA** de la demanda de reconvención, en forma consecuente con la decisión que se adopta respecto de la pretensión primera de la demanda de reconvención, pues las cinco sociedades demandantes y demandadas en reconvención han incumplido sus obligaciones bajo la unidad negocial celebrada entre las seis, en especial bajo el Acuerdo del 12 de junio de 2003 y el Contrato de Fiducia celebrado con Fiducolombia S.A. para la administración y fuente de pago del contrato de concesión 146 de 2003, pues han realizado actos contrarios a tales obligaciones impidiendo que la demandante en reconvención acceda a los recursos que le corresponden como legítimo beneficiario de la Subcuenta de excedentes y, por consiguiente, en principio, serían responsables por los perjuicios que a la sociedad demandante en reconvención le hubiere generado el impago de los derechos que le corresponda bajo tal contrato de fiducia.

Sin embargo, en este proceso no se probó la ocurrencia de ningún perjuicio que se haya irrogado a la parte convocada por la no disponibilidad de los recursos a su favor en la cuenta de excedentes.

Es cierto que en el cuestionario formulado a la perito financiero se le pidió que determinara el margen de rendimiento de los excedentes de dinero que le pertenecen a Vargas Velandia Ltda. -hoy Xie S.A.- en caso de haber tenido disponibilidad sobre los mismos al tiempo que los hicieron los demás socios, para lo cual la Perito hizo únicamente un ejercicio bajo el supuesto que se le hubiera entregado una sexta parte de los valores de los excedentes que le pudieran corresponder del Fideicomiso Alianza Suba – Tramo II, y de manera especial los dispuestos en la Subcuenta de excedentes y en el colateral transitorio, utilizando la tasa promedio mensual del DTF.

Por su parte, en el Contrato de Fiducia Mercantil, el cual fue suscrito por Vargas Velandia Ltda. en su condición de aportante de capital, se precisó que mientras los recursos de la Subcuenta de excedentes permanecieran en el Fondo, la Fiduciaria podría invertirlos en el Fondo Común Ordinario, siempre que cumpla con las características de las Inversiones Permitidas para esta Subcuenta o en Inversiones Permitidas para este tipo de Subcuenta (Sección 5.03, literal b), numeral 2). A su vez de acuerdo con lo previsto en la Sección 3.04, los rendimientos de los recursos depositados en cada una de las

TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO DE  
ESTYMA S.A., CONCAY S.A., ARQUITECTOS E INGENIEROS ASOCIADOS S.A., CONSTRUCTORA INECON-TE LTDA e  
INCOEQUIPOS S.A. Vs. VARGAS VELANDIA LTDA (XIE S.A.)

subcuentas y Fondos sirven para acrecer los saldos de cada una de las Subcuentas, los cuales deben aplicarse a cada uno de los usos de las Subcuentas que se especifican en los Artículos IV y V del citado Contrato.

Ello significa que si tales recursos se invierten por mandato contenido en el Contrato de Fiducia que suscribió Vargas Velandia Ltda. y ellos generan rendimientos que acrecen la cuenta de excedentes, en la cual tiene derecho esta Sociedad en los términos señalados en el Laudo, no se ha generado ningún perjuicio.

El Tribunal advierte que el rendimiento que usualmente se obtiene en los Fondos Comunes Ordinarios es similar o parecido al resultado del ejercicio hecho por la Perito Financiero con la tasa promedio mensual del DTF.

Ello significa que como los valores impagados han estado bajo la administración de la fiduciaria y de tal manejo ha habido unos rendimientos financieros, debe decirse que no se encuentra probado ningún perjuicio económico indemnizable a favor de la sociedad Vargas Velandia Ltda., Hoy Xie S.A., pues ella tiene derecho a recibir los dineros existentes en la subcuenta de excedentes a su favor junto con sus rendimientos financieros producidos en el período.

De otra parte, el Tribunal se declarará inhibido para decidir respecto de la petición relacionada con el alegado impago de algún eventual derecho de crédito que pudiera llegar a tener frente a la sociedad Constructora Suba S.A., pues carece de competencia para decidir respecto de derechos u obligaciones de esta sociedad que no es parte en el presente proceso arbitral.

**12.** Se despachará en forma desfavorable la pretensión **DÉCIMA SÉPTIMA** de la demanda de reconvención, pues aun cuando sería consecuencial de la declaración pedida en las pretensiones primera y décima sexta anteriores relacionadas con la declaración de incumplimiento por las demandadas en reconvención, del Contrato de Fiducia celebrado con Fiducolombia S.A. para la para administración y fuente de pago del contrato de concesión 146 de 2003, al impedir que la demandante en reconvención acceda a los recursos que le corresponden como legítimo beneficiario de la Subcuenta de excedentes, no existe perjuicio alguno medible en virtud de que los valores impagados han estado bajo la administración de la fiduciaria y de tal manejo se han producido unos rendimientos financieros, por lo cual debe decirse que no se encuentra probado ningún perjuicio económico indemnizable a favor de la sociedad Vargas Velandia Ltda., Hoy Xie S.A., pues ésta tiene derecho a recibir los dineros existentes en la subcuenta de excedentes a su favor junto con sus rendimientos financieros producidos en el período.

Se declarará inhibido el Tribunal para decidir respecto de la segunda parte de la pretensión, en cuanto con ella se busca un pronunciamiento respecto de eventuales perjuicios por el incumplimiento de obligaciones que estarían a cargo de un tercero como es la Constructora Suba S.A. que no es parte en este proceso arbitral.

## PARTE RESOLUTIVA

Por las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta providencia, el Tribunal de Arbitramento convocado para dirimir las controversias surgidas entre las Sociedades **ESTYMA ESTUDIOS Y MANEJOS S.A. - ESTYMA S.A.-, CONCA Y S.A., ARQUITECTOS E INGENIEROS ASOCIADOS S.A. -AIA S.A.-, INGENIEROS CONSTRUCTORES TECNOLOGÍA Y EQUIPO - CONSTRUCTORA INECON-TE LTDA.-, INCOEQUIPOS INGENIERÍA CONSTRUCCIÓN Y EQUIPOS S.A. - INCOEQUIPOS S.A. -**, y la Sociedad **VARGAS VELANDIA LTDA., hoy XIE S.A.**, administrando justicia por habilitación de las partes, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

### RESUELVE:

#### I. EXCEPCIONES

1. Desestimar, en los términos y por las razones indicadas en la parte motiva de esta providencia, las excepciones de mérito formuladas en el proceso por la **SOCIEDAD VARGAS VELANDIA LTDA., hoy XIE S.A.**, según lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

#### II. PRETENSIONES DE LA DEMANDA PRINCIPAL

2. Con relación a la pretensión declarativa **PRIMERA** de la demanda principal, declarar que las Sociedades **ESTYMA S.A., CONCA Y S.A., ARQUITECTOS E INGENIEROS ASOCIADOS S.A., CONSTRUCTORA INECON-TE LTDA., INCOEQUIPOS S.A. y VARGAS VELANDIA LIMITADA -hoy XIE S.A.-**, celebraron un convenio contenido en el documento de fecha 12 de Junio de 2003, denominado "Acuerdo", el cual tenía por objeto regular el desarrollo y manejo para participar, todos los firmantes, en la licitación para la adjudicación, entre otros, del contrato de concesión para la construcción del tramo II de la Troncal de Transmilenio Suba, en ciudad de Bogotá D.C., según lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

3. Con relación a la pretensión declarativa **SEGUNDA** de la demanda principal, según lo señalado en la parte motiva de esta providencia, declarar que en el “Acuerdo” o convenio de fecha 12 de junio de 2003, las Sociedades **ESTYMA S.A., CONCAY S.A., ARQUITECTOS E INGENIEROS ASOCIADOS S.A., CONSTRUCTORA INECON-TE LTDA., INCOEQUIPOS S.A. y VARGAS VELANDIA LIMITADA -HOY XIE S.A.-**, regularon de manera general las obligaciones y derechos que las citadas sociedades tendrían, en el evento de ser adjudicado alguno de los dos contratos de concesión, según lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

Se niega en lo demás la mencionada pretensión.

4. Con relación a la pretensión declarativa **TERCERA** de la demanda principal, declarar que para la ejecución y el cumplimiento del Contrato de Concesión No. 146-2003 y en desarrollo del “Acuerdo”, las sociedades **ESTYMA S.A., CONCAY S.A., ARQUITECTOS E INGENIEROS ASOCIADOS S.A., CONSTRUCTORA INECON-TE LTDA., INCOEQUIPOS S.A. y VARGAS VELANDIA LIMITADA -hoy XIE S.A.-**, implementaron varios actos jurídicos, tendientes a la misma finalidad de desarrollar el citado contrato de concesión, como lo fue la constitución de la sociedad **CONSTRUCTORA SUBA S.A.**, la constitución del fideicomiso contenido en el documento de fecha 29 de Septiembre de 2003 y sus modificaciones, el contrato de mandato contenido en el documento de fecha 8 de enero de 2004 y sus modificaciones o adiciones y las ofertas mercantiles presentadas por **CONSTRUCTORA SUBA S.A.** al **CONSORCIO ALIANZA SUBA**, según lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

5. Con relación a la pretensión declarativa **CUARTA** de la demanda principal, como consecuencia de lo anterior y según lo señalado en la parte motiva de esta providencia, declarar que los actos jurídicos que se mencionan a continuación, conforman en conjunto un solo negocio jurídico o una unidad negocial, cuya finalidad única era y es la de ejecutar el Contrato de Concesión No. 146-2003 celebrado con el IDU, así:

(i) La suscripción del “Contrato de Fiducia para Administración y de Fuente De Pago” con Fiducolombia S.A y el cual se ha denominado Patrimonio Autónomo Alianza Suba Tramo II, contenido en el documento de fecha 29 de Septiembre de 2003, y sus modificatorios de fechas 8 de enero de 2004, 31 de agosto de 2005, 19 de octubre de 2005 y 30 de enero de 2006,

(ii) La constitución de la sociedad **CONSTRUCTORA SUBA S.A.** mediante escritura pública No. 020 otorgada en la Notaría Veinticinco del círculo de Bogotá el 7 de enero de 2004,

(iii) El Contrato de Mandato de fecha 8 de enero de 2004 y su otrosí No. 1 de fecha 15 de enero de 2004.

(iv) Las Ofertas mercantiles presentadas para la ejecución de las obras objeto del contrato de Concesión No. 146 de 2003, por Constructora Suba S.A. y por los socios a ésta.

6. Con relación a la pretensión declarativa **QUINTA** de la demanda principal, declarar que como consecuencia de la unidad de negocio que conforman todos los precitados actos jurídicos, el resultado de las utilidades o pérdidas que se obtengan por el desarrollo del Contrato de Concesión No. 146-2003 celebrado con el IDU, es el resultado de sumar las pérdidas o las utilidades que individualmente arrojen el desarrollo de cada uno de los actos jurídicos que conforman la unidad negocial para el desarrollo del citado contrato de concesión, como lo son la sociedad **CONSTRUCTORA SUBA S.A.**, el contrato de mandato celebrado por el **CONSORCIO ALIANZA SUBA** y la citada sociedad, el “Contrato de Fiducia para Administración y de Fuente de Pago” de fecha 29 de Septiembre de 2003 y las ofertas, con las excepciones y particularidades señaladas en la parte motiva de esta providencia.

7. Con relación a la pretensión declarativa **SEXTA** de la demanda principal, declarar que como consecuencia de lo anterior, las sociedades **ESTYMA S.A., CONCA Y S.A., ARQUITECTOS E INGENIEROS ASOCIADOS S.A., CONSTRUCTORA INECON-TE LTDA., INCOEQUIPOS S.A. y VARGAS VELANDIA LIMITADA -Hoy XIE S.A.-** tienen derecho a percibir cada una la sexta (1/6) parte de las utilidades que arroje la unidad negocial creada para desarrollar el contrato de concesión No. 146-2003 celebrado con el IDU, así como cada una de dichas sociedades tiene la obligación de asumir la sexta (1/6) parte de la pérdida, de los gastos y de los sobre costos que se hayan ocasionado o se lleguen a ocasionar como consecuencia del desarrollo y cumplimiento del mencionado contrato de concesión No.146-2003, con las particularidades y excepciones señaladas en la parte motiva de esta providencia.

8. Con relación a la pretensión declarativa **SÉPTIMA** de la demanda principal, declarar que como consecuencia de lo anterior, la sociedad **XIE S.A.**, antes denominada **VARGAS VELANDIA LIMITADA**, tenía y continúa teniendo la obligación de suministrar la sexta (1/6) parte del total de los gastos y sobre costos que se han ocasionado por el desarrollo del contrato de concesión No.146-2003.

No se accede a declarar un monto, pues el Tribunal carece de competencia para ello, todo de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta Laudo.

9. Negar las pretensiones de condena **OCTAVA y NOVENA** de la demanda principal, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este Laudo.

10. Negar la pretensión declarativa **DÉCIMA** de la demanda principal de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este laudo.

### **III. PRETENSIONES DE LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN**

11. Con relación a la pretensión declarativa **PRIMERA** de la demanda de reconvención, declarar que **ESTYMA S.A., CONCA Y S.A., ARQUITECTOS E INGENIEROS S.A., CONSTRUCTORA INECONTE LTDA. e INCOEQUIPOS S.A.**, incumplieron las obligaciones que asumieron bajo el Acuerdo Interno suscrito entre estas y Vargas Velandia Ltda., el 12 de junio de 2003, así como en el contrato de fiducia para administración y fuente de pago del Contrato de Concesión 146 de 2003 celebrado con FiduColombia S.A (Patrimonio Autónomo Alianza Suba Tramo II), al obstruir, impedir y realizar actos contrarios a las obligaciones que se les imponen para permitir a la demandante en reconvención acceder a los recursos que le corresponden como legítimo beneficiario de la sub-cuenta de excedentes y de la sub-cuenta de colateral transitorio, según lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

12. Inhibirse para decidir respecto de la **PRIMERA PETICIÓN SUBSIDIARIA** a la primera pretensión de la demanda de reconvención, según lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

13. Con relación a la pretensión declarativa **SEGUNDA** de la demanda de reconvención, declarar que las Sociedades **ESTYMA S.A., CONCA Y S.A., ARQUITECTOS E INGENIEROS S.A., CONSTRUCTORA INECONTE LTDA. e INCOEQUIPOS S.A.**, no tienen en forma conjunta o de manera individual, ningún derecho legal o contractual para exigir a la sociedad Vargas Velandia Ltda., que destine los recursos que le pertenecen a ésta bajo el contrato de fiducia para administración y fuente de pago del contrato de concesión 146 de 2003 celebrado con FiduColombia S.A, para financiar las actividades de la Constructora Suba S.A. en desarrollo de las ofertas mercantiles que vinculan a esta sociedad con las empresas demandadas y el Patrimonio Autónomo Alianza Suba Tramo II, según lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

14. Negar la pretensión declarativa **TERCERA** de la demanda de reconvención, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este Laudo.

15. Con relación a la pretensión declarativa **CUARTA** de la demanda de reconvención, declarar que las Sociedades **ESTYMA S.A., CONCA Y S.A.,**

**ARQUITECTOS E INGENIEROS S.A., CONSTRUCTORA INECONTE LTDA. e INCOEQUIPOS S.A.**, no tienen ningún derecho de crédito en contra de Vargas Velandia Ltda., por razón de los préstamos que aquellas empresas le hubieren hecho a la Constructora Suba S.A. para financiar la ejecución de las obras correspondientes a las ofertas mercantiles que vinculan a esta Sociedad con las empresas demandadas y el Patrimonio Autónomo Alianza Suba Tramo II (Patrimonio Autónomo Alianza Suba Tramo II), según lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

**16.** Con relación a la pretensión declarativa **QUINTA** de la demanda de reconvención, declarar que las Sociedades **ESTYMA S.A., CONCA Y S.A., ARQUITECTOS E INGENIEROS S.A., CONSTRUCTORA INECONTE LTDA. e INCOEQUIPOS S.A.**, no tienen ningún derecho legal o contractual sobre los dineros que en calidad de beneficiario le corresponden a Vargas Velandia S.A. bajo el Contrato de Fiducia para Administración y Fuente de Pago del Contrato de Concesión 146 de 2003 celebrado con FiduColombia S.A (Patrimonio Autónomo Alianza Suba Tramo II), según lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

**17.** Con relación a la pretensión declarativa **SEXTA** de la demanda de reconvención, declarar que Vargas Velandia Ltda., no es deudor solidario con la Sociedad Constructora Suba S.A., por los recursos de crédito que esta empresa hubiere contratado con las Sociedades **ESTYMA S.A., CONCA Y S.A., ARQUITECTOS E INGENIEROS S.A., CONSTRUCTORA INECONTE LTDA. e INCOEQUIPOS S.A.**, para financiar la ejecución de las obras correspondientes a las ofertas mercantiles que vinculan a esta Sociedad con las empresas demandadas y el Patrimonio Autónomo Alianza Suba Tramo II (Patrimonio Autónomo Alianza Suba Tramo II), según lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

**18.** Con relación a la pretensión declarativa **SÉPTIMA** de la demanda de reconvención, declarar que Vargas Velandia Ltda. no está obligada a asumir el valor o costo de los recursos de crédito que la Sociedad Constructora Suba S.A. hubiere adquirido con las empresas **ESTYMA S.A., CONCA Y S.A., ARQUITECTOS E INGENIEROS S.A., CONSTRUCTORA INECONTE LTDA. e INCOEQUIPOS S.A.**, o cualquier otra operación que hubiere implicado el financiamiento de la ejecución de las actividades a que se refieren las ofertas mercantiles que vinculan a esta Sociedad con las empresas demandadas y el Patrimonio Autónomo Alianza Suba Tramo II (Patrimonio Autónomo Alianza Suba Tramo II), según lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

**19.** Inhibirse para decidir sobre las pretensiones **OCTAVA, NOVENA, DÉCIMA, DÉCIMA PRIMERA, y DÉCIMA SEGUNDA** de la demanda de reconvención, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este Laudo.



20. Con relación a la pretensión declarativa **DÉCIMA TERCERA** declarar que las sociedades **ESTYMA S.A., CONCA Y S.A., ARQUITECTOS E INGENIEROS S.A., CONSTRUCTORA INECON-TE LTDA. E INCOEQUIPOS S.A.** no tienen derechos contractuales o legales para exigir a la demandante en reconvención el pago de los sobre-costos causados o que se lleguen a causar en la ejecución de la oferta mercantil, de conformidad con la parte motiva de este Laudo. ✓

21. Declararse inhibido para decidir la pretensión declarativa **DÉCIMA CUARTA** de la demanda de reconvención.

22. Con relación a la pretensión declarativa **DÉCIMA QUINTA** de la demanda de reconvención, declarar que la cobertura de los sobre-costos generados en la ejecución de las ofertas mercantiles presentadas por la Constructora Suba S.A. a **ESTYMA S.A., CONCA Y S.A., ARQUITECTOS E INGENIEROS S.A., CONSTRUCTORA INECON-TE LTDA., INCOEQUIPOS S.A. y VARGAS VELANDIA S.A.**, contractual y legalmente no debieron ni deben ser cubiertos con los recursos que les corresponde a los demandados en reconvención y a Vargas Velandia Ltda., como beneficiarios bajo el contrato de fiducia para administración y fuente de pago del contrato de concesión 146 de 2003 celebrado con FiduColombia S.A., según lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

23. Negar la pretensión declarativa **DÉCIMA SEXTA** de la demanda de reconvención relacionada con la responsabilidad por los perjuicios que a la sociedad demandante le correspondiera bajo el contrato de fiducia para administración y fuente de pago del contrato de concesión 146 de 2003 celebrado con FiduColombia S.A. según lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

Por las razones expuestas en la parte motiva de este Laudo, el Tribunal se declara inhibido para decidir sobre las demás peticiones formuladas en esta pretensión.

24. Negar la pretensión de condena **DÉCIMA SÉPTIMA** de la demanda de reconvención, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este Laudo.

Declararse inhibido para decidir sobre la parte de la pretensión **DÉCIMA SÉPTIMA** relacionada con un pronunciamiento respecto de eventuales perjuicios por el incumplimiento de obligaciones que estarían a cargo de un tercero como es la Constructora Suba S.A. que no es parte en este proceso arbitral.

#### **IV. COSTAS**

**27.** Abstenerse de imponer condena en cuanto a costas –incluidas agencias en derecho- y gastos del proceso (pretensión de condena **DÉCIMA PRIMERA** de la demanda principal y pretensión **DÉCIMA OCTAVA** de la demanda de reconvencción).

#### **V. OTRAS DISPOSICIONES**

**28.** Ordenar al Presidente del Tribunal que una vez hecho el pago de los honorarios a los Árbitros y a la Secretaria y las provisiones para los gastos de protocolización del Expediente, rinda cuentas de los recursos recibidos y ejecutados y, de proceder, haga la devolución de los excedentes a las partes conforme a la ley. La rendición junto con los comprobantes de egresos y gastos deberá ser protocolizada con el Expediente.

**29.** Disponer que por Secretaría se expidan sendas copias auténticas del presente Laudo a cada una de las partes, con las constancias de ley (Artículo 115, numeral 2 del C. de P. C.) y copia simple para el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

**30.** En firme este Laudo, protocolícese por el Presidente del Tribunal en una Notaría de esta ciudad, de conformidad con lo previsto en el artículo 159 del Decreto 1818 de 1998, con cargo al rubro de protocolizaciones.

#### **NOTIFICADA EN ESTRADOS**

  
**JORGE ENRIQUE IBÁÑEZ NAJAR**  
Árbitro Presidente

  
**SUSANA MONTES DE ECHEVERRI**  
Árbitro

  
**RICARDO VANEAS BELTRÁN**  
Árbitro

  
**ANNE MARIE MURRE ROJAS**  
Secretaria